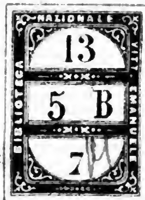
DIUI IUSTINIANI SACRATISSIMI IMPERATORIS ROMANI INSTITUTIONUM...

Ludwig Gilhausen, Iustinianus Augustus imperatore d'Oriente


BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
5 B
7

DIVI IVSTINIANI SACRATISSIMI IMPERATORIS ROMANI

INSTITVTIONVM IVRIS CIVILIS

Libri IV.

PRACTICIS QVÆSTIONIBVS
& enarrationibus insertis: Nunc commentarijs doctissimis absoluti.

Auctore

ADRIANO GYLMANNO J.C.
PRACTICO GERMANO.



FRANCOFVRTI,
Apud Ioannem Theobaldum Schönwetterum.

M. DC. X.

TYPOGRAPHUS LECTORI.

CVm Nobilissimus vir Adrianus Gylmannus J.C. Germaniæ consultissimus Institutiones suas Justinianeas, practicis & vtilissimis quæstionibus illustratas, nuper mihi transmisisset rogassetque, vt illas in commodum studiosæ iuuentutis Juridici studij, publici Iuris facerem, tam æquæ petitioni resistere nolui, sed vt Rei liter. (cuius semper studiosissimus fui) consulerem, eas volenti animo sumptibus meis euulgari curaui. Accipe igitur amice Lector beneuolo animo ijsq; fruere, & tum auctoris tum meum laborem æqui boniq; consule.

Francofurti Calendis Martij,

1610.

INDEX TITVLORVM INSTITVTIONVM IMPERIALIVM.

A.

G.

H.

I.

L.

M.

De

De

INSTI-



INSTITVTIONVM *SEV* ELEMENTORVM D. IVSTINIANI SACRATISSIMI PRINCIPIS

LIBER I.

PROOEMIVM DE CONFIRMATIONE INSTITUTIONUM.

In nomine Domini nostri Iesu Christi.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIVS IVSTINIANVS, ALEMANICVS, GOTTHICVS, FRANCICVS, GERMANICVS, ANTICVS, ALANICVS, VANDALICVS, AFRICANVS, PIVS, FELIX, INCLYTVS, VICTOR, AC TRIVMPHATOR, SEMPER AVGVSTVS, cupidæ legum Iuuentuti S.

IMperatoriam maiestatem non solùm armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam: vt vtrumque tempus, & bellorum & pacis, rectè possit gubernari: & Princeps Romanus non solùm in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat: & fiat tam Iuris religiosissimus, quàm victis hostibus triumphator magnificus.

§. 1. Quorum vtranque viam cum summis vigiliis, summaque prouidentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricę gẽtes sub iuga nostra redactæ cognoscunt: & tam Africa, quàm aliæ innumeræ prouinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis à cœlesti numine præstitis, iterum ditioni Romanæ, nostroque additæ Imperio protestantur.

§. 2. Omnes verò populi legibus tam à nobis promulgatis, quàm compositis,

reguntur. Et cùm sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentã erexi-
mus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris pru-
dentiæ volumina, & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes,
cœlesti fauore iam adimpleuimus.

§. 3. Cùmque hoc Deo propitio peractum est, Tribuniano viro magnifico,
Magistro & Exquæstore sacri palatii nostri, & Exconsule, nec non Theophilo
& Dorotheo viris illustribus & antecessoribus (quorum omnium solertiam, &
legum scientiam, & circa nostras iussiones fidem, iam ex multis rerum argumen-
tis accepimus) conuocatis, mãdauimus specialiter, vt ipsi nostra auctoritate, no-
strisq; suasionibus Institutiones componerent, vt liceat vobis prima legum cu-
nabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splẽdore appetere, & tam
aures, quàm animi vestri nihil inutile, nihilq; perperam positũ, sed quod in ipsis
rerũ obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadrien-
nium prioribus contingebat, vt tunc constitutiones Imperatorias legerent, hoc
vos à primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaq; reperti felicitate, vt
& initium vobis, & finis legum eruditionis à voce principali procedat.

§. 4. Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum, in quibus
omne ius antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribu-
nianum, necnon cæteros viros illustres & facundissimos confecimus, in quatuor
libros easdem Institutiones partiri iussimus, vt sint totius legitimæ scientiæ pri-
ma elementa, in quibus breuiter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod
postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.

§. 5. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipuè ex Commen-
tariis Caii nostri, tam Institutionum, quàm rerum quotidianarum, aliisq; multis
Commentariis compositas, cùm tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt,
& legimus, & recognouimus, & plenissimum nostrarum constitutionum robur
eis accommodauimus.

§. 6. Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite, & vosmet-
ipsos sic eruditos ostendite, vt spes vos pulcherrima foueat, toto legitimo opere
perfecto, posse etiam nostram Rempublicam in partibus eius vobis credendis
gubernari. D. C. P. XI. Kal. Decemb. D. IVSTINIANO PP. A. III. Cos.

COMMENTARII.

VSitatum est in his scholis nostris de illis, quæ præcipuè ad propositi argumẽti materiam pertinent, dicere ex charta, eaq; dictare. Nec id sanè omnino culpandũ videtur in rebus arduis, seriis & difficilibus. Et legimus diuum Augustum, hominem alioquin peritum & exercitatum, ne periculũ memoriæ adiret, aut in edilcendo tempus absumeret, instituisse recitare omnia, & sermones etiã non nisi in scriptis & è libello habuisse, ne, plus minusuè loqueretur. Sed vt hoc tamen fiat cũ maiore fructu discẽtium, & sine magna iactura preciosissimi

simi temporis, abstinendum est, quantum fieri potest, à non necessariis, ab alienis. Et præcipuè meum iudico esse, vnumquodque in suum reseruare locum, nec eandem materiam sæpius inculcare; sed hic vti ea arte, vt ista & talia declarationis causa præcipuè obiter, vt dici solet, & sine dictatis addamus, & commonere Adolescentes discentes, oportere ipsos, vt inquit Aristot. credere, donec melius sentiant, postea tãdem exitus, vt dici solet, acta probabit. Hæc in initio tantũ significare volui, vt sitis æquiores iudices. Addam tamen & hoc, me saltem ex Iustiniani præscripto & scholæ huius approbatione breuiorem suscipere enarrationem, quæ sane instituitur in modum quendam Catecheseos. Et non ignoro, variam admodum esse rationem, viam & modum explicandi, vt præcipuè varietas illa deprehenditur in posterioribus quibusdam interpretibus, Claudio Cantiuncula, Francisco Balduino, Francisco Hottoman. D. Melchiore Klingio, D. Ioach. Mynsingero, auctore analyticæ tractationis, Dn. D. Wesenbecio; & iam adde ex Veteribus præcipuè Angelum Aretinum. Addi etiam potest de alio quodam singulari Dominus Viglius Zuichemus Sed liceat pace magnorum hominum dicere, *semper in alio aliud est, quo vel vincat alium, vel vincatur ab alio.* Et quotquot sint genera tractationis, mihi nihil videtur certius, nihilque magis placet, quàm de materia, hoc est, nouo capite doctrinæ, aliquid in modum præuiæ cuiusdam inspectionis ordine proponere, vbi possumus methodum, quam vocant & sæpe commendant, mediocriter sequi, cæteroquin ad textũ & omnino ad textus quam diligẽtissimè respicere. Vbi, vt Iustinianũ imitemur, qui vult simpliciori via proponendum, nec difficultate & multitudine discentes turbari & absterreri, modicè sapere, & quatenus necessum est, quoad fundamenta benè fideliterq; percipienda, decebit non nimium argutos esse, & omnia in dubium vocare, omnia disputare & quæstionum nodis inuoluere. Id enim non conuenit Catecheticæ doctrinæ, qualis hæc esse debet. Et de his pulchrè monet Iustinianus *infra lib.* 1. & omnium exactissimè Quintilianus optimus studiorum magister & informator, præsertim *in initio lib.* 8. Quod si autem & hæc ferre Auditor non possit, aut illi studium discendi desit, ad quod sanè coniunctio quædam inter præceptorem & discipulum requiritur, vt idẽ Quint. monet, aut nondum satis aptus sit ad hanc excellentem doctrinam, erit fortè ablegandus ad minutissimas illas quæstiunculas Alphabetariorum, vt sic dicam.

Iam tandem auspicaturi rem ipsam, dicere debemus de Inscriptione & argumento libri, de Auctore, de ipsius Libri summa diuisione, & de his quidem breuiter.

Vocatur *liber Institutionum Ciuilium:* ita enim quidam Codices habent. *Ciuilium* dicitur quasi rerum Ciuilium & studii ciuilis; cuius meminit Cic. *lib* 1. *Rethor. & alibi.* & benè vereque dixit Iac. Curtius IC. *in rebus humanis nihil esse eo studio præclarius aut sanctius.* Ergo argumentum libri siue materies libri est, de rebus Ciuilibus, & de studio ciuili, siue de prudentia Iuris.

Nunc quoad modum tractationis, vocat *Institutiones*, ab instituendo. Vocat etiã prima Rudimenta & Elementa huius studii Ciuilis, nimirum incipientibus leuiori via opus est, vt ipsemet Imperator infrà docebit, & in omnibus studiis primum locum Institutiones sibi vendicãt, *vt in procemio Pandectarum.* Et omninò alia est ratio discendi docendiq;, alia sciendi, vt Cic. *de legib.* Et teneatur illud Horatii, q̃ citat Hottomannus: *quicquid præcipias, esto breuis, &c.* Atqui hoc quoque notandum, vt cunque eæ Institutiones prima legum elementa dicãtur habere: tamen ita factas esse, vt etiam adultis & progressis plurimum semper conferant, præsertim si quis ritè nouit eas tractare; & habent etiam multos locos singulares, & qui nullibi tam diligenter proponuntur. Rectè itaque dicitur: *bonus Institutista est bonus Iurista.* Iam quoque & illud de Institutionibus his præcipuè tenendum, q̃ Iustinianus infra scribit, *eas vim iuris & constitutionũ robur habere;* q̃ nulla alia methodus Iuris, nulla Paratitla,

nullæ Institutiones habent. *vt hic & in l. vnica. §. nec in iudicio in ver. & ex iisdem Instit. Cod. de confir. Dig.* idcoque nemo earum ignoratione excusatur *l. leges generales. C. de ll.* & vide hic D. Wesemb. in Isagoge.

Quoad Auctorem, is est *Iustinianus Princeps*, Iustini Imperatoris ex sorore nepos, & filius itidem adoptiuus. Princeps magnus & Christianus, qui conuocauit etiam Synodum Constantinopolitanam, ad refutandas præcipuè errores & Euthychetis & Nestorii. Vide *Nouell. Iustiniani Principis* 42. Is igitur, qui foris res præclaras aduersus Imperii hostes confecit opera Bellissarii & Narsis, & domi per Tribunianum præcipuè, qui apud ipsum functus est quæstura, quod munus nunc est Cancellarii, is, inquam, hos libros Institutionum ex veterum Institutionibus, præsertim Caii & Vlpiani, ex locis quibusdam Pandectarum, additis etiam Constitutionibus Principum, præcipuè ipsius Auctoris, per eundem Tribunianum, item Theophilum & Dorotheum, Professores & Antecessores Iuris in Schola Constantinopolitana & Berytiensi confecit, & eos in IV. Libros, Titulos propè centum diuisit. Licet igitur nūc ex his, si illa tractatio placet, videre, quæ harum Institutionum causæ sint, efficiens, finalis, materialis & formalis, de quibus infra *in procemio*, vbi monebo. Hæc de titulo & argumento lib. i.

Sequitur procemiū earundem Institutionū, Auctore eodem Iustiniano, cui præmittit epistolarem salutationem, additis siue adscriptis titulis variis gentis, dignitatis & officii, item assumptis à deuictis & subactis hostibus, velut Gotthis, Vandalis in Africa, Antis, Francis, Alanis, Alemannis & Germanis, quo nomine se etiam felicem victorem ac triumphatorem appellat. Pius dictus est primùm Antoninus, quod solebat illud Scipionis frequenter repetere: *malle se vnum Ciuē seruare quàm mille hostes occidere*, vide Iustinianū *in Nou.* 78. De nomine Imperatoris Cæsaris, Augusti, &c. de his dico, vide imprimis de Imperatore Cic. *lib. 1. de Oratore.* & eundem *Phil.* 14. Item *in oratione de prouinciis consularib.* Adeoque *in orat pro lege Manilia.* vbi de munere Imperatorio. Item Iulium Cæsarem *lib. 3. de bello Ciuili.* de Pompeio. Et præsertim etiam Corn. Tacitum *lib. Annalium.* & tandem Sueton. de Iulio Cæsare *c. 76.* & omnino Hottomannum *hic.* De Cæsare vide eundem Suetonium *in vita Augusti. cap. 7* & Spartianum in Æl. Vero de quo idem Hottom. Denique de nomine Augusti vide Sueton. *prædicto c.* 7. In iure nostro simpliciter ferè dicūtur Romani Imperii Monarchæ Principes. Vide *l. Princeps D. de ll. cum similib.* & infra in textu *Procemii & alibi.* Vide etiam Corn. Tacitum *lib. 1. Annalium statim in initio.* Notandum igitur, nomen Principis proprie vni tantùm conuenire Imperatori. Notandum & hoc, Imperatorem esse Principem, nō Regem; vt diligenter distinguit Ammianus: quòd Rex pleraque suo arbitrio & magna cum pompa, Princeps verò conuenienter & nullo cum fastu superbo præsit Reipublicæ.

De vsu nostri præsentis Imperii & electione Romani Imperatoris, vide *in c. ab Apostolica. ad fin. de sententia & re iudicata lib. 6.* Et rursus *in c. venerabilem 34. De electione & c. 1. de iureiurand. in Clementinis* Item auream bullam Caroli IV. & Sleidanum etiam *lib.* 1. Vide etiam textum in Iure Sax *lib. 3. art. 52. & rursus art. 57.* Et quomodo quaque ratione Imperium translatum sit, & tandem ad Germanos & Septemuiros peruenerit, disces ex historiis, præsertim Philip. Melanchthon. *in Chronicis.* Et hæc nunc etiam de epithetis his & cognominib. Imperatoris, ad cuius rei exemplū videmus etiam hodiè Principum literas, edicta & rescripta fieri, quibus ipsi Principes ferè subscribunt, aut nonnunquam etiam Quæstores, qui sunt Cancellarii.

Porro, quod incipit ab inuocatione hac, *in nomine Domini nostri Iesu Christi*, id ostendit Christianū fuisse Imperatorē. Et difficilè est, vt bono peragātur exitu, quæ malo sunt inchoata principio. *c. principatus & ibi gl. 1 q. 1.* Meliori antē auspicari nihil potest, quā diuini nominis implorato auxilio. *auth. de armis in pr. sic in l. in nomine Dom. C. de off. pref prat. Afr.* & vulgo nūc vtimur

ytimur ista inuocatione in instrumentis publicis; de quo & aliis nonnullis hic disputant, sed alieno loco. Quod autem hic pio studio notat D. Ioachimus Hopperus, de eo vide ipsum.

Nunc ad ipsam Epistolam, quam vocat Theophilus *Constitutionem confirmantem Institutiones*, quam scribit Imperator ad Iuuentutem legum studiosam, vel, vt ipse vocat, cupidam. Sed de hac Dedicatione postea. Nunc obseruetur illa excellentia, quòd tantus Imperator eos sua voce suaq; perpetuò valitura epistola ad hæc studia hortari vel animare dignatus est. Vnde postea inquit, *eos dignos repertos esse, vt à voce Principali procedat eorum eruditio.* Cęterum occurrunt in hoc procemio loci plerique notabiles. Primum in propositione, de officio Principis & Magistratus; vbi, vt breuiter dicam omnia, est explicatio vel potius indicatio illius, quod omnium pulcherrimè & grauissimè proponitur apud Apostol. in Epistola ad Rom. c. 13. *Potestates,* inquit, *quæ sunt, à Deo ordinatæ sunt.* Et: *Qui potestati resistit, Dei ordinationi resistit, & sibi ipsi iudicium siue damnationem acquirit. Nam Principes malè agentibus terrori sunt, & non benè agentibus, qui laudem ab illis habere debent: Dei enim minister est in bonum, & vltor etiam ei, qui quod malum est fecerit. Non enim frustrà gladium gerit.* Et omninò cõfer cum hoc loco nostro epistolam siue Constit. Codicis *de Iustinianeo Cod. confirmando,* vbi inquit: *Summa Reipubl. tuitio de stirpe duarum rerum venit, armorum & legum, &c.* Et hic primus locus est. Deinde verò in consequente & illatione accommodationeve sequitur narratio quædam confectorum à Iustiniano aduersus hostes Imperii bellorum; quod petes latius ex ipsis integris historiis, ex Procopio, &c. item historia compositi ab eodem Iuris Ciuilis, adeoque conscripti huius libelli, quod ad nos pertinet. Et præcipuè hic obseruabis, quomodo & qualiter, quo fine, quo vsu, per quos & quando hæ Institutiones compositæ & factæ sint. Porrò ibidem attingit etiam obiter, & veluti in transcursu locum de studio Iuris, de quo *in Epist. Pandect. ad Professores,* & omnino vult Iustinianus, primo anno discipulos versari in his Iuris Institutionibus, quo tempore eosdem Iustinianeos appellari vult. Tandem etiam ad finem sequitur Dedicatio; de qua re dicemus aliquid ad textum ibi. Eum enim proponemus, & vbi necessum est, post generalem eiusmodi doctrinam addito commentario amplius declarabimus, ita vt præcipua tantùm & necessaria dictemus, cæteraq; obiter monentes & indicantes etiam loca ipsa.

§. 2. Omnes verò populi, &c.

Sequitur §. secundus; quem putant habere Minorem. Sed propriè est dilatatio, cum ex thesi effertur hypothesis, &c. Qua ratione Ius à leuibus & exiguis initiis ortum ad infinitam multitudinem & varietatem legum peruenerit, (vt inquit Corn. Tacitus) quæ res non potuit non admodum esse noxia (vt eruditè Ludouicus Viues, imo & ipsemet Imperator in epistola siue Constit. *de confirmatione Pandect.*) id paulò post *Titulo 2.* ferè intelliges. Emendare igitur leges & ad certum modum redigere sæpè tentarunt viri magni & Principes, vt Pompeius, Iulius Cæsar, ipse etiam Cicero. Vide Suetonium *in vita Cæsaris c. 44.* Ciceronem *lib. 1. de Orat.* Agellium *lib. 1. cap. 22.* Sed hi tamẽ nihil tale pręstiterunt. Tandem, Deo dante, Iustinianus Princeps opera suorũ Togatorum & Antecessorum eam rem aggressus est feliciter, anno sui Imperii II. qui fuit annus Christi I ͻ XXVIII. & absoluit hãc ipsam suam Nomothesian annis circiter sex. Nam Anno VIII. editus est posterior Codex.

Atqui verò & ordo huius compositionis tenendus est, vt scias ex Iuribus siue ex Legibus, quæ cui derogent; vbi obseruandum est, quod scribit ICtus in l. vlt. D. de Const. Princip. *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quæ ipsas præcesserunt.* & Cicero inquit: *postrema quæque Lex grauissima est.* Ergo prædicto anno II. Iustinianus ex veterib. libris variarum Constitutionum diuorum Principum mandat fieri duodecim libros Codicis,

quem suo nomine insigniri vult, eumque edit & euulgat anno sequenti Idib. Aprilis, vt licet videre *in Constit. C. De Iustinianeo Cod. confirmando.* Hoc opere perfecto anno deinceps Imperii suo IIII. iubet ex libris veteris istius prudentiæ hominum peritorum, qui iam ita excreuerant, vt plusquam duo millia librorum superessent, colligi libros certos Responsorũ, & fiunt & eduntur anno VII. mense Decembri libri L. Pandectarum siue Digestorum. Porrò his propè collectis priusquam ederentur, iubet etiam colligi has nostras Institutiones, ea ratione & eo modo, de quo iam ante dixi; & eas ita factas mense vno ante Pandectas edit & confirmat, vt ostendit hæc præsens epistola. Denique anno ab hoc sequenti, nempe VIII. nouum Codicem facit & edit, priori abrogato. Editur autem & iste mense Nouembri, vt licet videre *in Constit. Cod. de emendatione Cod. Iustinianei & secunda eius editione.* Post hoc deinceps anno sequenti nempè IX & porrò quamdiu imperat, scribit varias Nouellas, quæ tandem colliguntur, & dicuntur libri Nouellarum. Igitur præcipuè ferè compositi Iuris nostri per Iustinianum Principẽ nunc, id est, hoc ipso mense natale tempus est; & maximè hæ nostræ Institutiones, quæ editæ & confirmatæ sunt die 21. valent nunc annis 1078. Hoc igitur est tempus compositi vniuersi iuris nostri. Constat igitur ex istis libris, de quib. dixi, Ius nostrum. Iis tamẽ etiam addes libros duos Feudorũ, vt nunc vulgo dicuntur. Sed & ius Pontificium in causis quibusdam solet citari, quod constat præcipuè tribus voluminibus, Decreto, Decretalib. Communib. & in Sexto. Hæ regiones habent & Ius Saxonicum in lib. Landtrecht oder Sachsenspiegel, Weichbildt & Lehenrecht. Et hi sunt textus nostri, qui solent allegari, per libros, titulos, leges, capita, articulos & §§. Cætera per te cognosces ex libellis de hac re editis.

§.6. Summa itaque ope, &c.

Sequitur Dedicatio cum exhortatione, sumpto etiam argumento ab honesto & vtili. Primũ quoad exhortationem: *Alacri,* inquit, *studio has leges nostras accipite;* & supra dixerat, *cupidæ legum Iuuentuti, &c.* ostendens, quales velit Auditores, & quinam spem certam profectus habere possint. Quibus adde epistolam siue Procemium ad Antecessores; & intelliges, velle eum Auditores diligentes, assiduos, & qui ordine discant. Et notum est ex Isocrate: *Si fueris discendi cupidus, multa disces.* Nos solemus etiam in iuris tractatione recitare versus, quos proponit Angelus *hic:*

Si quis forte velit Iurisconsultus haberi,
Continuet studium, &c.

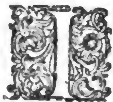
Quo ad spem præmiorum, inquit: *toto legitimo opere perfecto, &c.* id est, absoluto hoc cursu studiorum, nempè post diligens quinquennale studium, vt *in prædicta epistola Pandect.* & vide *in l. iubemus. C. de Aduocatis diuers. iudic.* vbi vult, ad exercitia studii Ciuilis, ad forum, ad patrocinium causarum eum demum accedere, qui per statuta tempora legum eruditioni noscitur inhæsisse. *Perfecto igitur,* inquit, *tempore, posse Remp. in partib eius cuique credendis gubernari:* in qua re imprimis maximus honor est. Et notum est illud Ciceronis lib. 2. offic. *Iuris Ciuilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio.* Et vide etiam *l. vnicam. C. de professorib. qui in vrbe Constantinopolitana docentes ex lege meruerunt comitiuam.* Quo ad vtilitatem, quæ potest esse maior, quàm ea ipsa, quæ ex hisce honorum fastigiis, quę contingunt ob procurationem publici boni & commodi, obueniunt, & tamen etiam hos honores comitantur ferè priuatæ quoque vtilitates, magnæ opes & diuitiæ. Vulgo dicũt: *Leges siue legum cognitio neminem finit in paupertate viuere nec in egestate mori.* citant id *ex Noua.* Et hæc quidem ita esse possunt. Non decet tamen hanc sacrosanctam iuris artem lucro æstimare & auaritia contaminare. Et quidem scribit ipse ICtus *in l. 1. D. de variis & extraord cog.* in hæc verba: *An & Philosophi Professorũ numero sint? Et non putem, non, quia non religiosa res est, sed quia hoc primum*

profitori

profiteri eos oportet, mercenariam se operam spernere. proinde ne Iuris quidem Ciuilis Professoribus ius dicent. Est quidem res sanctissima sapientia, sed quæ precio nummario non sit æstimanda aut dehonestanda, Et Cicero ad Trebatium scribens, quod sit factus Epicureus: *Quomodo,* inquit, *Ius Ciuile defendes, cum omnia tua causa facies, non ciuium?* lib. 7. Epistolarum. Sequitur nunc ipse textus Institutionum.

DE IVSTITIA ET IVRE

TITVLVS I.



IVstitia est constans, & perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi.

§. 2. Iurisprudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.

§. 3. His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere Iura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissimè, si primò leui ac simplici via, pòst deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioqui si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi, multitudine ac varietate rerum onerauerimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpè etiam cum diffidentia (quæ plerunque iuuenes auertit) seriùs ad id perducemus, ad quod leuiore via ductus, sine magno labore, & sine vlla diffidentia maturius perduci potuisset.

§. 4. Iuris præcepta sunt hæc: Honestè viuere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

§. 5. Huius studii duæ sunt positiones, Publicum & Priuatum. Publicum Ius est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Priuatum, quod ad singulorum vtilitatem pertinet.

§. 6. Dicendum est igitur de Iure priuato, quod tripertitum est: collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus.

COMMENTARII

INCIPIT Iustinianus ab ipsis fontibus, & vult Iuris studiosum imprimis discere & scire originem & principia iuris, qua de re itidem Vlp. *lib. 1 Instit.* qui sic incipit: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, vnde Ius descendat. L. 1. D. de iust. & iur.* Et de hoc multa quoque Cicero *in lib. de Legib.* & scribit: *qui aliter Ius Ciuile tradunt, non tam iniustitiæ quàm litigandi vias tradunt.* Porrò inscriptio est *de Iustitia & Iure,* vbi Accurs. disputat, quòd plus sit in titulo, quàm sit deinceps in textu. Et variæ sunt respõsiones. Mihi maximè placet, vt dicamus hanc inscriptionem ad vtrumq; titulum pertinere. Nam & quę in sequenti titulo tractantur, ex vno tit. Digestorum *de Iustitia & Iure,* desumpta sunt. Nunc igitur nobis dicendum erit

erit de Iustitia & Iure; vbi de vario Iure & iuris significatione; de Iustitia Vniuersali, Particulari, Commutatiua, Distributiua, &c. De qua re est elegantissimus ille liber secundus doctrinæ Ethicæ Domini Philip. Melanchthonis. Colligamus ista ad nostrum hoc institutum breuiter.

Imprimis occurrit Ius tanquam notitia, ex qua est effectus & habitus ipse iustitiæ. Et putant Ius dici per apocopen à iussu. vide Azonem *in Summa.* Ciceronem *3. de legib. Hominum vita iussis supremis obtemperat.* Et eodem sensu dicitur Lex à legendo siue à delectu. Idem Cicero 1. *de Legib.* Sunt etiam qui à ligando ducunt, quod liget, hoc est, obliget, ab effectu. Græci dicunt νόμος, à diuidendo siue distribuendo. Satis de definitione nominis. Porrò legis generalis definitiones perpulchras habet Cicero passim, item ICti *in L. 1. & 2 D. de legib.* Et à causis, efficienti, materia, fine vel effectu dicunt & ostendunt, *Legem esse notitiam à numine Deorum tractam & insitam in naturam hominis, quæ ostendit & imperat honesta, & ea quæ facienda sunt; & prohibet contraria.* Ita Cicero *in lib. de legib.* Causam efficientem ostendunt Deum ipsum. Materia ex qua fit, & quarum rerum fit, nempè expressio quædam rationis in Deo de Iustitia, quod nos ex fonte creationis tenemus, dum dicitur, factum siue creatũ esse hominem ad imaginẽ siue similitudinem Dei. Finem etiã ostendunt siue effectum in eo, quod dicunt esse Iuris atq; iniuriæ regulam, quæ continet præcepta vitæ. Atq; plenissimè definit aperiẽs has causas Dominus Philip. Melancht. *Lex est æterna & immutabilis sapientia & regula Iustitiæ in Deo in ipsa creatione indita & transfusa in mentes rationales, & post etiam in monte Sinai & alibi verbo Dei promulgata & repetita, discernens bona & mala, iusta & iniusta: & sic ostendens, quid sit Deus & qualis sit, & quales nos esse, quæque nos facere, & omittere, cum expectatione præmii vel pœnæ oporteat. Nam hoc præcipit Lex, & postulat integram obedientiam & conuenientiam omnium virium cum ea norma, & pronunciat Deum horribiliter irasci omni dissimilitudini & inconuenientiæ, eamque damnare in hac vita & post hanc vitam; Obedientibus verò, & cum ea norma congruentibus promittere & donare præmia.* Hæc est plena legis definitio, continens vim, vsum & effectum. Quoad ipsam tamen obligationem, nemo est, qui post hominis corruptionem & lapsum primorum nostrorum parentum eam obedientiam nunc præstet aut præstare possit. Neq; verò etiam ea pœna metuenda est istis, qui per vocem Euangelii veniunt ad Christum, in quo est condonatio & remissio peccatorum. Et tamen ea est & non alia legis definitio, cuius particulæ quædam sunt quasi inde desumptæ & extructę leges, aliæ ciuiles, & populorum, quæ respiciunt præcipuè ad externam disciplinam, ne sese omnino exerat illa hominis prauitas & malitia, vt non possint vnà etiam viuere, & saltem hanc vitam vtrinq; commodè transigere homines. Quam disciplinam possunt homines vtcunq; adhuc, præsertim adiuuante Spiritu sancto, præstare. Ergo Lex siue Ius ita generaliter definitum deinceps variè diuidi & in varios riuos deduci potest & solet. Et in primis alia est Lex, siue aliud est Ius naturale, aliud Ciuile & Positiuum. Atqui hoc in loco *Ius naturale* dicimus id Ius, *quod non hominum ingeniis excogitatum, sed vi quadã innata cuiusq; hominis menti insitum & ingeneratum est*, veluti Religio, Pietas, gratia siue gratitudo, vindicatio, obseruantia, veritas. Sic Cicer. *lib. 2. Rhetoric.* Alii exactius propositam iam ante generalem illam sic definiunt: *Ius naturæ, siue leges naturæ, sunt notitiæ principiorum practicorum & conclusionũ inde euidenter extructarum*, id est, sunt notitiæ à Deo mentibus humanis insitæ de regendis moribus, vt sint testimonia quædam de Deo, ad cuius mentis normam congruunt, & vt regant nos & vitam nostram in obedientia cum illa voluntate Dei. Et harum summa comprehensa est in Decalogo. In Iure Pontificio scribitur, vniuersam legem naturæ comprehendi hoc dicto: *Quod tibi fieri nolis, alteri ne feceris.* (*cap. 1. distinct. 1.*) Et hoc sanè verum est de secunda

cunda tabula. Vide Matth. 7. *&* 22.

Porrò quæ lex naturæ, ea etiam dicitur lex *Moralis*, quod sit de regendis perpetuò moribus. Eadem & *Diuina* vocatur, quod sit diuinitus insita. Et hoc est ipsum æquum bonum, ipsa æquitas *l.pen.D.de iust.& iur.* Hic & illud sciant iuniores: *Principia* dici, quòd sint notitiæ primæ, spontè notæ, & nobiscum nascentes; quod vel Paul. Apostolus docet ad Rom. c.2. *Practica* dicuntur, quòd sint de moribus, de vita, & opponantur principiis speculatiuis, quæ nihil ad pietatem morum, sed saltem ad scientiam: Illa autem regant mores oportet, in actione consistant (vt inquit Aristoteles) & sine actione non magnus eorum est vsus, nisi quod reddunt eo magis inexcusabiles, cum omninò non deest scientia, licet deest conscientia. Quò respexit Iacobus Apostolus c. 4. *Sciens*, inquit, *facere bonum, & non faciens, is peccati tenetur.* Verbi gratia: Scire gratitudinem esse pulchram, ingratitudinem summum dedecus, nihil admodum prodest. Gratum oportet esse, ingratitudinem vitare. Vide Aristot *lib.11. ad Eudemum.* Et hæc de Iure naturæ.

Ius quoque Ciuile ex his fontibus & ex iisdem principiis exstruitur, sed non ita planè & perspicuè semper, & probabili ferè magis, quã omnino euidenti & necessaria consequentia. Sed plura de Iure Ciuili & aliis specieb. postea ad tit. seq. Iam sufficit in initio diligentiùs ostendisse de Iure, quid sit.

Et nunc ad alteram partem inscriptionis nostræ de Iustitia. *Iustitia à Iure est*, vt habitus à noticia; *& vocant obedientiam erga leges, vnde dicimus hominem iustum.* Plato 4. *Polit* Aristot. *5 Ethic.c.1.* Eam faciunt duplicem: Generalem & Particularem. Vniuersalem dicunt esse obedientiam iuxta omnes leges. Aristot. *d loco, & lib.4. Ethic. ad Eudemum.* & huic omninò subiiciunt quatuor genera: Prudentiam, Iustitiam particularem, Temperãtiam & Fortitudinem, Cicer. *in Offic* Plato, Aristot. & alii. Ergo Iustitia illa particularis vna est virtutum, & tamen præcipua virtus, quæ tribuit vnicuique quod suum est; & maximè respicit ad alios; ex qua etiam præcipuè dicimur boni, vt idem Cicer. *in Offic.* Porrò hæc quoq; duplex est: *Commutatiua* & *Distributiua*. Commutatiuam dicunt propriè esse eam, *quæ est circa commutationes rerum & mercium, & in cõtractibus, in quibus seruanda est æqualitas*, sed ea simplex; quam dicunt æqualitatem secundùm proportionem Arithmeticam. At Distributiua iustitia est ea, *quam oportet adhiberi & vsurpari in distribuendis personis & officiis, in collatione & dispensatione personarum & officiorum, in quibus seruanda est æqualitas proportionata.* Et sic dicunt, nempè, ex circumstantiis; quam dicunt ęqualitatem secundum proportionem Geometricam. Et hæc ipsa longè est difficilior & maioris operis, vt dicebat Plato. Exemplum habes pulcherrimum apud Xenophontem *in pædia Cyri lib. 1.* & vide de his Aristotelem *d lib 5 Ethic.c.3. & 4. item lib. 4. Ethic.ad Eudemum*, & Dominum Philip. sanctæ memoriæ *in Ethic.* Item Budæum *in l 6. de iust. & iure.* vbi explicatiùs ista proponuntur, quæ nos ad suum locũ reseruamus *de contractib de pœnis, &c.* Et omninò hoc teneatur. Etsi nihil tam congruum est iuri & iustitiæ quàm æqualitas, imò iustum & iustitia in æqualitate consistat: tamen æqualitas inter inæquales summa est inæqualitas. vt rectè Aristot. *d. c. 3 lib 5.* Nec dixerit quis, in eo iniustitiam esse, si non tribuantur omnibus æqualia. Primò, cùm non sunt æquales. Deinde, cùm non dantur ex debito, quo respexit Christus *Matth. 20.* Et ita etiam respondebitur *hic* Accursio *in gloss de definit. iustitiæ*, cum obiicit ex parabola istius loci apud Matthæum. Et tot quidem modis dicitur Iustitia, quæ est iustitia politica, & (vt sic loquar) actiua. Est & actiua iustitia viuorum membrorum Ecclesiæ iuxta dicta: *Qui facit iustitiam, ex Deo est.* 1.Ioan.2. Item: *Qui facit iustitiam, iustus est.* 1.Ioan.3. Et hæc iustitia melior & perfectior est, iuxta dictum: *Nisi abundauerit iustitia vestra, &c.* Matth.5. Est & alia iustitia propriè Ecclesiastica, quæ dicitur iustitia Fidei,

qua perfectè iustificamur & saluamur, cum illa sit saltem inchoata & huius signum, iuxta dicta: *Qui spiritu Dei ducuntur, hi sunt filii Dei,* ad Rom. 8. & ibid. *Si quis Spiritum Christi non habet, hic non est eius.* Et hæc fidei iustitia est passiua, cum nobis imputatur obedientia & iustitia Christi, vt habeamus remissionē peccatorum, &c. *ad Rom. 3 item ad Galat. 2.*

§. 1. Iustitia est constans, &c.

His præmissis nūc videamus de textu hoc nostro, vbi in principio occurrit definitio Iustitiæ desumpta ex *l iustitia est 10. D. eod. tit.* quā videtur ICti ex Simonide Philosopho, vt est apud Plat *lib. 1 Polit.* desumpsisse; & est definitio particularis Iustitiæ, vt communiter sentiunt, circa quam etiam maximè Iurisprudentia versatur, de qua postea. *Iustitia,* inquit, *est constans & perpetua voluntas, ius suum cuique tribuens:* alibi dicitur suum cuique tribueus. *l. 21. D. depositi,* alibi pro tribuens *tribuendi* legitur. Explicemus verba: *Est constans & perpetua voluntas,* intelligens habitum voluntatis, quem dicunt esse affectionem quandam studio acquisitam, manentem & constantem. Sic Cicero *in lib de Iuuentut.* & vide Arist. *lib. 2. Ethic. c. 4.* quasi dicat, is iustus est, qui sic ab animo comparatus est, vt perpetuò ius suum cuique velit tribuere. Ita Dominus Iacob. Cuiac. hic; *Ius suum,* ait, *cuique tribuens,* siue *suum cuique tribuens,* ostendens differentiam & proprium officium huius iustitiæ, quod est tribuere cuique suum. Intellige autem tribuere cuiq; debitum siue ciuiliter, siue naturaliter etiam, nempè gratitudinem benè meritis, obseruantiam itidem; vindicationem peccantibus, & omninò id quod cuiq; debetur, mutuum danti par & æquale, laboranti suam mercedem; hospiti officium, quod debetur hospiti; danti & credenti iustam solutionem, &c. Vides igitur & intelligis, rectissimè dici, Iustitiam præcipuè esse virtutem, eaque nihil esse præclarius; & Plutarchus etiam notauit *in vita Catonis Vbiensis,* præcipuè nos pudere oportere, propter omissa & neglecta officia iustitiæ, cum & ea maximè sit in nostra potestate. Et quanti Deus ipse faciat hæc opera, etiam moraliter saltem facta, quod ita conseruetur inter homines pia consociatio, ostendit sacra Scriptura, *Marc. 10.* cum inquit de Adolescente, qui affirmabat se externam iustitiam circa præcepta Decalogi præstitisse: *Et intuitus illum Iesus, dilexit eum.*

§. 2. Iurisprudentia est, &c.

Sequitur Iurisprudentia, quæ iustitiæ conseruandæ causa prodita est. Eam definit ex *eodem lib. 10.* Et videntur istam definitionem ICti desumpsisse ex definitione, quæ extat apud Ciceron. *lib. 1. & 2. Offic.* vbi ipsi restringentes ad suum propositum, & ad hanc artem, adiunt iusti atque iniusti scientiam, nimitum: *Iurisprudentia est rerum diuinarum atque humanarum notitia, iusti atque iniusti scientia.* Definitio magna est, & vere saneque sapientia magna est, quid cuique debeas scire; verè virtus magna est, id cuique etiam præstare. Sed duo adhuc præcipuè hic quæri possunt; cur dicant, *prudentia Iuris?* & quorsum id, quod inquiunt, *de rebus diuinis?* Et quo ad primum: *Iurisprudentiam* dicunt (vt inquit Viues) quia eam professionem non sine singulari quadam prudentia posse defendi putarunt. Et sæpè vocant Cicero, Quintilianus, ICti etiam *l. 1. D. de variis & extraord. cognit.* Ciuilem sapientiam siue prudentiam. Quod *de rebus diuinis* inquiunt, variæ sunt traditiones & expositiones. Placet autē plerisq; nonnullis, vt præsertim Cornel. Fibulano, id intelligendum de iis, quæ debentur Deo. Sed nuper huius loci pulcherrimam attulit explicationem Ioannes Crispinus. Facessent tamē hic nugæ Glossatoris, colligentis nō esse necessum, vt legat Iuris studiosus sacras literas. Facessent & alia, vt dū ille in modo studēdi alioquin, quoad ad præcepta, non ita male docet, sufficere, si nos credamus implicitè. Quas nugas scietis & discetis ex fundamentis refutare. Porrò iuxta hanc definitionem rectè vereq; loquitur Cicero *in lib. de Orat. de Legib. de Offic.* tam honorificè & gloriosè de ICtis. Et scribit: *domus ICti totius est oraculum Ciuitatis.*

§. 4. Iuris

§. 4. Iuris præcepta, &c.

Hunc locum variè posse accipi, ostendunt interpretes. Accursius interpretatur: *Iuris præcepta sunt hæc*, id est, principia, quasi dicat, quæ præcipiunt Iura, præcipiunt de his trib. & pertinent ad hæc tria, scil. *vt honestè viuamus, alterum non lædamus, & suum cuique tribuamus.* Alii accipiunt ita: ius præcipit hæc: *honestè viuere; alterum non lædere.* Et si nũc addas, quod scribit Pomp. *in l. veluti. 3. ff eo.* nẽpè *de Deo religiosè colendo*, habes hic eadẽ, quę in summa pręcipit scriptura diuina, iuxta id, quod scribitur Eccl. vlt. *Summa omnis doctrinæ hæc est: Deum time, & mandata eius obserua*, vt sic à ICtis istis aliud etiam fortè agentib. diuina prouidentia verũ finem Ciuilis illius doctrinæ & Iurisprudentiæ, & Legumlatorum atq; Magistratuum officium extorserit. Iam quidem licet hęc præcepta distinguere, quamquam populariter magis quàm subtiliter. Rectè itaq; D. Bato: *Primum*, inquit, *Præceptum ad fortitudinem, temperantiam, eiusq; species respicit*, ex quo sunt regulæ illæ, de contrahendis nuptiis, item de verecũdia apud fœmininum sexum: de quo suo loco. *Secundum & tertium Præceptum ad iustitiam pertinet*; secundum quidem, vt ab iniuriis abstineamus; tertium, vt etiam tribuamus, quod cuique debetur. Vide hic Ciceronem quoq; *lib. 1. Offic.* Quæ Accurs. hîc monet, an liceat se lædere? an oporteat etiam alium iuuare? suo loco tractabuntur rectiùs.

§. 5. Huius studii, &c.

Hæc sunt ex *l. 1. D. eod.* desumpta, vbi statim post eam definitionem, *Ius est ars æqui & boni*, eiusq; declarationẽ subiicit ICtus: *Huius studii duæ sunt positiones*, id est partes, *Publicum & Priuatum*. Sequuntur iam definitiones. Publicum est, *quod ad statum rei Romanæ spectat*, (Rei Romanæ, id est, Reipub.) vide *l. bona ciuit 15. cum sequentib D. de verb sign.* Priuatum ius est, *quod ad priuatorum vtilitatem spectat*. Et addit: *Sunt enim quædam publicè vtilia, quædam priuatim*; & deinceps subiicit etiam tres species: *Publicum*, inquit, *Ius in sacris, in sacerdotibus, in Magistratibus consistit*. Sed hic euidentiore declaratione audiamus etiam alios, vt sic videamus, quæ pertineant ad Ius publicum. Cicer. igitur *lib. 1. de Orat.* monet, Iura publica pertinere ad rationem constituendi Imperii. Atqui verò ex Aristotele *etiam lib. 6. Polit. c. vlt.* licet quoque addere de Religione, vt huc nunc etiam pertineant ordinationes religionum, iudiciorum, pacis & belli, fœderum deniq; publicorum vectigalium & tributorum. Priuatum Ius est, *quod ad singulorum vtilitatẽ pertinet*, id est, cuius beneficio quisquis efficit & acquirit, quod in rem suam est. Et hic nota in primis, Ius esse de rebus vtilibus. Et bene dicecebat D. Ioan. Oldendorpius: *Ius nihil aliud est, quàm honesta vtilitas.* Et Isidorus scribit, legẽ debere esse vtilem. *c. erit autem lex, dist. 4.* Deinde nota in Republ. quædam esse publicè, quædam priuatim vtilia. *Quædam* intellige secundum maius & minus; vel, vt vulgò in scholis loquuntur, principaliter & minus principaliter. Nam alioquin quod publicè vtile est, priuatim quoque vtile est, & quod priuatim vtile est, publicè quoque vtile esse solet, *vt gl. hic, & communiter Dd.* Hic etiam illud nota. Quòd si tamẽ publica & priuata vtilitas inter se videantur confligere, publicam vtilitatem vincere oportere, vt probatur ex *Nouell 7. Item ex l. Iuris gentium. 7. §. si nanciscor l. si vnus. 27. §. pacta, l. ius publ 38. item l inter debitorem 42 ff. de pact. Item in l. 1. D. de vsucap.* Et nota, quod quæ publici Iuris sunt, priuatorum pactionib. non tollantur, vt dicitur *in l. Ius public. D. de pact.* Et quidem inde sumi solet appositissimum exemplum. Priuatim solet incommodare vsucapio ei, cuius res vsucapitur: Publicè tamen vtilis est, ne rerum dominia sint in incerto. Ergo ob publicam vtilitatem maximè recipitur vsucapio, vt suo loco diligentiús.

§. 6. Dicendum est igitur, &c.

Ius publicum etsi amplissimum, partiùs tamen

men in his Institutionib. proponitur, in D.& C.planius. Sed& quoad Sacra, Sacerdotes & Magistratus, in quibus Vlpian. illud ipsum imprimis consistere dicebat, crebris mutationib. obnoxium est. Aliud nunc est sub Christianis & Episcopis, aliud fuit olim. Quamobrem id ex aliis potiùs publicis scriptis & libris hauriendum est, veluti ex aurea Bulla Imperatoris Caroli IV. & Constitut. aliis Imperii editis in variis Comitiis. Ergo postquam dixit de iustitia, deq; Iuris & Iurisprudentiæ præceptis & gradibus, nunc porrò potissimum dicturus est de Iure priuato, quod ait collectum esse ex tribus fontibus, de quibus deinceps.

DE IVRE NATVRALI GENT. ET CIVILI,

TITVLVS II.

IVS naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ coniunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia istius Iuris peritia censeri.

§. 2. Ius autem Ciuile à Iure gentium distinguitur, quòd omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure vtuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi Ius constituit, id ipsius proprium ciuitatis est, vocaturq; Ius Ciuile, quasi Ius proprium ipsius ciuitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræq; custoditur: vocaturq; Ius gentium, quasi quo Iure omnes gentes vtantur. Et populus itaque Romanus, partim suo proprio, partim communi omnium hominum Iure vtitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.

§. 3. Sed Ius quidem Ciuile ex vnaquaq; ciuitate appellatur, veluti Atheniensiũ. Nam si quis velit Solonis, vel Draconis leges appellare Ius Ciuile Atheniensium, nõ errauerit: sic enim & Ius, quo Romanus populus vtitur, Ius Ciuile Romanorum appellamus, vel Ius Quiritum, quo Quirites vtuntur. Romani enim à Romulo, Quirites à Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cuius sit ciuitatis, nostrum Ius significamus: sicuti quum Poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius.

§. 4. Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam vsu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ iura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, & captiuitates sequutæ, & seruitutes, quæ sunt naturali Iuri contrariæ. Iure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc Iure gentium omnes penè contractus introducti sunt, vt emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.

§. 5. Constat

§. 5. Conſtat autem Ius noſtrum, quo vtimur, aut ſcripto, aut ſine ſcripto, vt apud Græcos, τῶν νόμων, οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem Ius eſt, Lex, Plebiſcitum, Senatusconſultum, Principum placita, Magiſtratuum edicta, reſponſa Prudentum.

§. 6. Lex eſt, quod populus Romanus ſenatorio magiſtratu interrogante (veluti Conſule) conſtituebat. Plebiſcitum eſt, quod plebs plebeio magiſtratu interrogante (veluti Tribuno) conſtituebat. Plebs autem à populo eo differt, quo ſpecies à genere. Nam appellatione populi vniuerſi ciues ſignificantur, connumeratis etiam Patritiis & Senatoribus. Plebis autem appellatione ſine Patritiis & Senatoribus cæteri ciues ſignificantur. Sed & plebiſcita lege Hortenſia lata non minus valere quàm leges cœperunt.

§. 7. Senatusconſultum eſt, quod Senatus iubet atque conſtituit. Nam quum auctus eſſet populus Romanus in eum modum, vt difficile eſſet in vnum eum conuocari legis ſanciendæ cauſa, æquum viſum eſt, Senatum vice populi conſuli.

§. 8. Sed & quod Principi placuit, legis habuit vigorem, quum lege Regia, quæ de eius Imperio lata eſt, populus ei, & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem concedat. Quodcunque ergo Imperator per epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decreuit, vel edicto præcepit, legem eſſe conſtat. Hæc ſunt quæ Conſtitutiones appellantur. Planè ex his quædam ſunt perſonales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult. Nam quod alicui ob meritum indulſit, vel ſi quam pœnam irrogauit, vel ſi cui ſine exemplo ſubuenit, perſonam non transgreditur. Aliæ autem, quum generales ſint, omnes proculdubiò tenent.

§. 9. Prætorum quoq; edicta non modicam obtinent Iuris auctoritatem. Hoc etiam Ius honorarium ſolemus appellare, quòd qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, auctoritatem huic Iuri dederunt. Proponebant & Ædiles Curules edictum de quibusdam cauſis, quod & ipſum Iuris honorarii portio eſt.

§. 10. Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum, quibus permiſſum erat de Iure reſpondere. Nam antiquitùs conſtitutum erat, vt eſſent, qui Iura publicè interpretarentur, quibus à Cæſare ius reſpondendi datum eſt, qui Iurisconſulti appellabantur, quorum omnium ſententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, vt Iudici recedere à reſponſis eorum non liceret, vt eſt conſtitutum.

§. 11. Sine ſcripto Ius venit, quod vſus approbauit. Nam diuturni mores conſenſu vtentium compobati legem imitantur. Et non ineleganter in duas ſpecies Ius ciuile diſtributum eſſe videtur. Nam origo eius ab inſtitutis dua-

 rum

rum ciuitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum, fluxisse videtur.

§.12. In his enim ciuitatibus ita agi solitum erat, vt Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus obseruabant, memoriæ mandarent; Athenienses verò ea, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

§.13. Sed naturalia quidem Iura, quæ apud omnes gentes peræquè obseruantur, diuina quadam prouidentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea verò, quæ ipsa sibi quæque ciuitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

§.14. Omne autem Ius, quo vtimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et priùs de personis videamus. Nam parùm est Ius nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.

COMMENTARII.

HIc quoq; titulus magna ex parte & quidẽ in initio desumptus est & descriptus ex eodẽ illo tit. *D. de iustitia & iure*, & id supra indicaui. Porrò ex hoc tit. haurit tenera Iuuentus imperitam definitionẽ, cum de iure naturæ interrogatur quid sit, *Ius* dicit *naturæ est, quod natura omnia docuit animalia*, q̃ imperitiam semper reprehenderunt homines docti & præcipuè optimus vir Dominus Philip. Melanth. Quid enim cum studia abeunt in mores, & plurimũ intersit, quomodo homines ab Adolescentia consuescant, vt dicebat Aristot. 2. *Ethic. c.* 1. an non satis obbrutescemus, vt ille ait, primum discentes hoc cum brutis nobis esse commune, quanti id ius sit, ad quod bruto affectu incitamur, & non potiùs id esse notitias insitas diuinitùs ad imaginem Dei, vt distaremus à brutis? Deinde ex hoc ipso putantes, Epicureorum & Cynicorum more, appetitionibus & affectibus indulgeri posse? Vides igitur multum interesse, vt hæc veterum Iurisconsultorum rectè explicentur. Et hoc facientes dicemus, Vlpianum *in d. l.* 1. postquam dixisset priuatum ius tripartitum esse, nempè collectum ex naturalibus præceptis, gentium, & Ciuilibus, statim subiicere has definitiones: *Ius naturæ*, inquit, *est, quod natura docuit, &c.* vt ostendat, quinam & quales sint illi fontes, ex quibus ius id priuatum desumptum esse dicit. Et ius naturæ nunc definit, & accipit ad suum institutum, (alioquin quid sit verè Ius naturæ, & Philosophi clariùs docent, & ipsi Iurisconsulti alio loco, & diximus de hoc iam ante) quasi dicat: Ius illud priuatum, de quo nunc agimus, venit partim ex naturalibus instinctibus & inclinationibus; partim ex communi gentium iure & moribus; partim deniq; ex iure quodam proprio certorũ populorum. Et sic nunc ius naturale accipit pro iis ipsis naturæ inclinationibus, nempe conseruandi & tuendi se & suum statum, quas siue quarum imagines in cunctis propè animantibus deprehendimus, vt sic facilè percipiamus naturales esse. Vide ad hunc locum Ciceronem, *lib.* 1. *Offic.* propè initiũ. *Principio*, inquit, *cunctis animantib à natura tributũ est, &c.* Item *lib.* 3. *de finib. bonorum & malorum.* Item *in Oratione pro Milone.* Et omninò, cum deinde Iurisconsi. scribunt, ex hoc iure esse maris & fœminæ cõiunctionem, siue (vt Cicero) appetitum coniunctionis, liberorum procreationem, & procreandi desiderium, eorum defensionẽ & educationem, adhibito studio acquirendi victus, addi solet *ex l.* 3. *D. eod.* studiũ omne defendendi se aduersus vim & iniuriam, &c. cùm, inquã, hoc scribunt, non hoc volunt & scribunt, ita simpli-

simpliciter iura naturalia esse; sed ex his principiis & hoc appetitu, tanquam à principio ortus, quædam in ius & in leges Romanas venisse, quibus tamen ipsum ius formam, modum & rationem conuenientem asscripsit. Verbi gratia: appetitus cōiunctionis inter marem & fœminā non est ita per ius, & iustus, sed ex hoc appetitu venit ea coniunctio, de quo suo loco. Et pessimè dixit Myrrha illa in turpi & illicito amore apud Ouidium.

——————Et quod natura remittit,
Inuida iura negant.

Hæc est totius contextus sententia. Et iam pergo, dicturus suo loco de matrimoniis, de liberorum educatione, de legitima defensione. Sequitur in textu de iure gentium & Ciuili, quod in primis à se inuicem distinguit.

§.2. Ius autem Ciuile, &c.

Ius gentium definit, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, vt apud omnes homines peræquè custodiatur*, quibus verbis causam indicat, item vim & effectum, causam, nempe *rationem naturalem*; effectum, *quod omnes obstringat*, & ait esse & vocari ius gentium, quasi *quo omnes gentes vtantur*. Atque hæc est descriptio iuris naturæ. Sed & ius naturæ id ipsum nonnunquā dicitur, vt & apud Cic. 3. *Offic* Infra verò aliam etiam ostendit iuris gentium definitionem, cū scribit, *id ius, vsu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanas constituisse:* quasi causa efficiēs sit *gentes humanæ*, quos mouerit humana necessitas, & vsus rerum. Et hoc ipsum ius *humanum* vocat Liuius *lib 5. decad* 1. Alii etiam vocant ius *consuetudinis*. Cic. 2. *Reth.* Isidorus *in c. non est. distinct 6.* Sed apparet, de alia omninò atq; alia specie iuris gentium Imperatorem loqui. Et in primo quidē loco inquit de ratione naturali *: Ea est*, quam vocat Cicero rationem insitam, *quæ confertur cum alia ratione*, quasi quæ inuoluta est, & ratiocinando euoluenda. Et ita saltem paululum longius progressa erunt latentia. Et vocant *conclusiones rationis*. vide de his Cic. *lib 2. Thusc quæst.* Itē *lib 1. definib. bon. & mal.* & rursus *lib. 4. Academicar. quæst.* Nostri igitur communiter distinxerūt inter Ius gentium primarium & secūdarium, vocantes hoc postremum secundarium, illud primarium. Pulcherrimè D. D. Wesembec. vocat illud Ius *rationis*, hoc vero ius *ratiocinationis*: Iuriscōsultus ait, ex illo gentium iure, quod naturalis ratio constituit, inter omnes esse religionem, pietatem in parentes, in patriam *l. veluti 2. D. eod tit.* Et postea *in l ex hoc iure*, scribens, & quæ infra adducuntur in iure gentium secundario, vt vocant, annumerat iuri gentiū captiuitates, bella, seruitutes, &c. vt ibi videmus. Iam priùs dicēdum est nobis de iure Ciuili, quæ hîc adducuntur, vt ista inter se collata rectius intelligantur.

Ius Ciuile, inquit, *est quod quisque populus ipse sibi constituit*, *quod proprium est eius Ciuitatis, vnde & nomen habet*. Et sic hic quoque habes definitionē nominis & rei; & attingitur caussa efficiens & effectus. Porrò alibi Vlpianus pulchrè admodum id ius definit in hunc modum: *Ius Ciuile*, inquit, *est quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, neque per totum illi seruit*. Itaq; cum aliquid addimus vel detrahimus iuri cōmuni, ius proprium, hoc est, Ciuile efficimus. *L ius Ciuile est. 6. D. eod.* Hęc sanè breuis definitio de multis grauissimis rebus nos admonet, nempe quale debeat esse Ius Ciuile & Lex Ciuilis? &, cur ad ius naturæ amplius accedant oportet has leges Ciuiles? Et primò de hoc extat illud Ciceronis pro Balbo: *Dissimilitudo Ciuitatum varietatē iuris habeat, necesse est.* Et pulchrè admodum Cælius Iurisconsultus apud Agell. *lib. 20. cap. 1.* Deinde etiam & de hoc ipso & de illo priori monet illud, quod dici solet, *Leges Ciuiles determinationes sunt legum naturalium & Decalogi* Et Cic. bene dixit: *legem bonam à mala solâ naturâ distingui.* Aristoteles etiam *lib. 2. Ethic.* Rempubl *bonam & malam in eo* scribit *discerni* posse, *si leges ad hoc ferantur, vt Ciues reddantur meliores*, quod conuenit cum *l. 1. D. nostro tit.* Et notum est, Paulum Apostolum de magistratu & eius legibus scribere: *Terrori sint malè agentibus; honori verò benè agentibus.* Dixi de rebus maximis, vel potius citaui saltem locos. Nunc insu-

in superioribus definitionib. etiam hoc respiciatur, quod pertinet ad effectum, & ad obligationem. De iure gentium inquit: *quod est ius naturæ, id apud omnes populos peraquè custoditur.* At de iure Ciuili scribit: *quod quisque populus ipse sibi constituit, idem ipsius Ciuitatis proprium est.* Ius naturale immediatè auctorem habet mentem æternam & rationem naturalem Itaque obligat, vt breuiter dicam omnes semper & vbique, & pulchrè Cic. *lib.* 3. citante hic Barone. *Nec erit alia lex* (scilicet naturæ) *Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed & omnes gentes omni tempore vna Lex & sempiterna & immutabilis continebit. Huic qui non parebit, luet pœnas maximas, etiamsi cætera supplicia effugiet, &c.* Porrò quomodo autem hæc lex immutabilis sit *infra eod. tit.* alio loco iterum dicemus.

Iam quod ad Ius Ciuile attinet, quatenus Ciuile est, & Ciuilem habet determinationem, auctorem habet certum populum, de quo postea etiam videbimus. Ergo tum demum, cum ab eo populo constituitur siue constitutum est, obligat, & cum saltem etiam populum, eosque, qui sub eius sunt iurisdictione. Et sic habes nunc hos fontes, ex quibus ait hoc ius priuatum, de quo dictum est, collectum; & quomodo hoc in loco ius naturæ recipiat. Quod quidem etiam vocat ius naturæ primæuum. Et ius gentium primarium vocarunt, ius naturæ secundarium, quod & verè est ius naturæ, natura ipsa insitum, & insitæ notitiæ, de discrimine iusti & iniusti, boni & æqui, &c. Et cũ ante dixi de iure naturæ primæuo, quod intelligunt de iis rebus, quæ in appetitionibus & effectibus positæ in administrationem veniunt, scias huic quoque annumerari solere commoda quædam & bona vtilia in primæua siue prima hominis natura, veluti omnium hominum vnam libertatem, omnium rerum inter ipsos communionem, de quo vide *in cap. ius naturale. dist.* 1. Et sic dicimus, itaque ius naturale aliud esse præcepti, cum bona mandata, mala prohibita sunt, aliud potius boni vtilis & commodi. Quæ distinctio nobis obseruanda est in obiectionibus contra ius naturæ, quo respicit etiam textus paulò pòst. Habes hactenus varias appellationes Iuris, & monui ante ius verum naturæ diuinum etiam dici, vide *c. 2. dist.* 1. Cæterum Ius humanum quoque vti & iura positiua dicuntur. Audiemus plura etiam de iure Ciuili.

§. 3. Sed Ius quidem Ciuile, &c.

Ius Ciuile, ait, *à Ciuitate* dici, & non fuisse vnum siue vnius generis, sed tot diuersa iura, quot sunt diuersæ Ciuitates, id est, diuersi populi, diuerso iure vtentes, qui singuli suos habuere legislatores, vide *c. Moys. dist.* 7. Et potissimùm commendantur Lacedæmonii & Athenienses. De quibus & eorum legumlatoribus (Lycurgo & Solone viris præstantissimis) vide Ciceronem *pro Flacco.* Et meminit Imperator paulò pòst, cum inquit: ab his potissimum desumptum esse ius Romanum, & leges 12. tabularum. de quibus vide rursum Cic. *lib. 2. de Orat.* Porrò etsi Ius Ciuile ita varium sit & multiplex, & nonnunquam suo cognomine ex Ciuitate appelletur, vt Ius Ciuile Atheniense, Romanum, &c. Tamen, vt deinceps etiam scribit, cum Ius Ciuile dicimus, sine denominatione certa sed simpliciter, intelligimus ius Ciuile Romanorum, & quandam excellentiam, quo propagato Imperio vniuersæ gentes vtuntur, quod ideo ius commune in scholis dici solet. Et fatentur prudentes & interpretes, quorum in regionibus aliud ius est, se ad hoc ipsum quoque ius in casibus aliàs non definitis confugere solere tanquam ad ἐυνομίαν. Ita Equinarius Baro. Et hoc quoque in iure Saxonum obseruamus. Tu vide etiam Domini Phil. Melanchthonis orationem, quæ inscripta est, *Grauissima censura de Legib. r.* & addita est Lexico Spigelii. Ad extremum nunc istud quoque teneatur, quoad tertiam hanc speciem, Ius Ciuile dici ius certi alicuius populi, vel Romani, Gallici, &c. Sed etiam adhuc aliud ius certæ Ciuitatis & oppidi, quod dicitur ius municipale, & statutum, siue ius statuarium, Weichbildt / &c. & obligat certos homi-

homines & ciues, ad quos pertinet. Et de hoc iure alio loco eiusdem tit.

§. 4. Ius autem gentium, &c.

Hic iterum de Iure gentium paulò aliter, de quo supra monui. Et adfert eius iuris gentium species & exempla; de qua tamen re paulo exactius scribitur *in l. ex hoc iure. 5. ff. eod.* vbi inquit: *Ex hoc iure gentium introducta sunt bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, ædificia collata. &c.* Addit etiam hic *captiuitates & seruitutes*, de quibus *in l. manumission. 4. ff eod tit.* Nā de his sunt Constitutiones gentium. Sed & *manumissiones* huc pertinent, vt *in d. l. 4. & infra tit. 5.* Huc quoque pertinent *postliminia*, siue *iura postliminii*, vt *in c. ius gentium est. dist. 1.* Addit hic etiam *contractus*, per quos tamē intelligit omnes obligationes, vt *in D. d. l. 5.* Ex quibus tamen rursus quasdam obligationes excipit, quæ veniunt ex iure Ciuili; vnde omninò legitima vocantur. *l. conuentionum, & l. legitima 5. & 6. D. de pact.* Et est talis, tum verborum, tum literarum obligatio. Porrò de hoc amplius Isidorus, itē Liuius annumerant his quoque *legatorum non violandorum ius & religionem*; item *iura fœderum & induciarum*, vt in *d. cap. ius gentium.* Theophilus quoque annotat, ex hoc iure gentium esse etiam *testamentorum factiones* Et eodem auctore possint benè & fortè *magistratuum ordinationes* referri. Hæc igitur omnia gentium sunt ordinationes, profecta tamen nihilominus ex fonte naturæ, vt eatenus nec lege diuina siue Dei vllo modo improbentur Quod tenendum est contra homines fanaticos nostrorum temporum. Ius igitur humanum est, sed non sine ratione in natura, iuxta ea, quæ superius sunt dicta. Et sic fortè etiam responderi debet ad *c. 1. dist. 8* Porrò deinceps sequentibus disputationibus de his singulis suo loco proponemus.

§. 5. Constat autem, &c.

Huc vsque dixit de iis fontibus, ex quibus ius priuatum Ciuile Rom. dicebat esse collectum, Iam propius ad ipsum ius Ciuile nostrum accedit, & eius diuisionem primo sumptam à forma legislationis indicat. *Ius*, inquir, *nostrum aut scripto aut sine scripto cōstat, & in ius venit, ex l. ius Ciuile. 6. § finali. D. eod.* Tum secūdo ipsum ius scriptū à causa efficienti & auctore subdiuidit in has species, *Legem, Plebiscitum, Senatusconsult. Principum placita, Magistratuum edicta, & Responsa prudentum.* Et hæc diuisio alio modo commodius sic solet etiam concipi, vt dicatur: Ius Romanorum diuidi in Ciuile, & Prætorium. Et deinceps Ciuile in Legem, Plebiscita, Senatusconsulta, Decreta Principum & Responsa prudentum. *l. Ius autem Ciuile. 7. D. eod* Pertinent autem ista potissimum ad originem iuris nostri, quæ tunc præcipuè valuerunt, cum vario statu staret, tum vero præcipuè ad Respubl. Et declarantur deinceps ea latius, quæ desumpta sunt ex *l. necessarium. D. de orig iur.* Et in summa: *Lex* valet totius auctoritate populi, siue rogabatur in Comitiis à toto populo; *Plebiscita* valent auctoritate plebis, rogante tribuno plebis; *Senatusconsultum* rogabatur per Senatum; *Principis* placitū est, quod Princeps imperii constituebat, & propriè dicitur Constitutio; *Edictum* magistratus à summo magistratu Prætore est; *Prudentum* responsa sunt sententiæ & opiniones Iurisconsultorum. De quibus nunc ordine, vbi explicabimus ea, quæ ad ius pertinent, & cognitu nobis sunt necessaria. Cætera de antiquitatibus Romanorum sufficit hic indicare, vt de Repub. Rom. de magistratibus eorum, de modo rogationis, & ferendæ legis, de plebiscitorum cum occasione plebis, item de translatione Imperii & potestate Principis, de quibus vide historicos, Polybium, Liuium, Dionysium Halicarnasseum, item Nicolaum Gruchium *de comitiis*, Item Carolum Sigonium *de Antiquitatib.* & Paulum Manutium, Franciscum Hottomannum quoque. Illud obiter obserua, Leges, Senatusconsulta, Plebiscita, &c. plerumque à magistratu rogante siue ferente, iussu & consensu populi, in Comitiis denominationem accepisse, vt cum dicimus, Lex Iulia de adulteriis, Lex Iulia maiestatis, Lex Pompeia de

parricidiis, Lex Aquilia, Senatusconsultum Tribunianum, vide *c. quadam. distinct. 2.*

§. 6. Lex est quod populus, &c.

Hæc species Iuris totius populi consensu in Comitiis recepta, suprema & præcipua iuris scripti species habita est, de quo vide Theophilum *hic*. Et, vt Cicero, populi potestas auctoritas Senatus fuit, & sic fortè supra dicebat de iure Ciuili, quod quisque populus ipse sibi constituit. Posteà hæc potestas translata est in Principem, vt paulò pòst sequetur.

Plebiscitum, &c.] Plebiscitum dicitur, quasi quod plebs sciuit & rogauit. Quid autem plebs differat à populo & ab aliis, subiicit textus, & vide Auctores, de quibus supra. Item auctorem, qui inscribitur Fenestella. Eosdem etiam vide de Plebiscitorum origine, & rursus *in l. 2. D. de origine iur.* vbi Zasius.

§. 8. Sed & quod Principi, &c.

Quomodo Princeps accipiatur supra diximus. *Quod Principi placuit*, nempè causa cõstituendi iuris, vt rectè Accursius, *legis habet vigorem*, inquit, id est, est vice legis. Nam, vt sequitur, populi potestas in Principẽ translata est. Id factum, ait, lege Regia; quæ quomodo & quando lata sit, non satis constat, & alii aliter sentiunt. Sanè Liuius meminit legis Regiæ latæ ab initio vrbis, de quo etiam Paulus Manutius in *antiquitatib.* & id adducit ad hanc rẽ Hottom. item D.D. Wesemb. Videtur igitur lex Regia esse, quæ lata est de regno, nempè, vt æquabile ius diceret Imperator, & ipse legibus solutus esset. Quæ lex postea occupato imperio renouata est, vide Georg. Fabritium *in antiquit. Rom. lib 2.* quẽ citat Francisc. Hottom. *in Lexico*, & vide *l. Princeps. D. de legib. l. 1. D. de constit. Principum. & l. ex imperfecto 3. C. de testamentis.* Verum quod ad Principem attinet, vtut id sit de lege Regia, non statim tamẽ Principes omne omninò ius, omnemque potestatem ferendi & condendi iuris sibi tantùm sumpserunt; imò Senatusconsulta, Prætorum edicta, Iurisconsultorum itidem responsa sub Principibus etiam vel maximum locũ habuerunt, vt res ipsa ostendit. Attamen, quod ad nouam Iustiniani legislationem attinet, videtur is deinceps soli Principi Rom. id ius condendæ legis generalis, qua omnes teneantur, adscripsisse. Ita enim passim loquitur, vt *in l. 1. §. Cùm enim. C. de veter. iur. enucl. & l. vlt. Cod. de legib.* Et solent quidam notare, hodie in hoc præsenti imperii nostri statu Imperatorem cùm consensu Electorum, Ordinum & statuum, qui iustis Comitiis interesse solent, leges generales constituere, vide Sleidan. *lib. 1.* Porrò verò dicebatur Princeps ius facere tribus modis: per Epistolam, Edictum, & Decretum. Et dicitur generaliter Constitutio à constituendo, ita *hic*, vbi vide Theophil. Et hæc prima est Constitutionum diuisio.

Iam sequitur alia paulò vtilior, & quæ generaliter etiam accipi potest, quasi ad vniuersum ius pertineat: *Planè*, inquit, *ex his quadam sunt personales, quadam generales*. Illæ personam non egrediuntur, & ad exemplum non trahuntur: hæ verò omnes tenent, hoc est, obligant, vt sit omninò diligenter videndum, quando Princeps huic vel illi quid indulserit, aut sine exemplo pœnam irrogauerit, vel subuenerit; & quando verò generale edictũ scripserit. De quo monet *l. leges, vt generales. C. de legib.* Ergò sanè nunc etiam in vniuersum leges aliæ sunt *generales*, pertinentes ad omnes, aliæ *singulares*. Et Paulus de iure singulari scribit *in l. ius singulare. 16. D. de legib.* Vocãt ẽt *Priuilegia*, quasi dicas, priuatas leges, vide *l priuileg. 196. & l. in omnibus caus. 68. D. de reg. iur.* item Agell. *lib. 10. cap. 20.* Videbis etiam de his multa apud Cic. *lib. 3. de leg.* Item *in Orat. pro Domo sua.* Scribit enim legem 12. tabularum vetuisse leges priuatis hominibus, siue priuilegia irrogari; & ait nihil esse perniciosius in Ciuitate, sanè, nisi magna subsit causa. Et oportet hæc parcè fieri. Et nostri dicunt (monet hoc Glossographus) omnes constitutiones in Corpore Iuris clausas esse generales, quod tamen non satis intelligo. Nam & reperiuntur priuilegia varia Doctorum, Scholasticorum, Nobi-

Nobilium, Militum, Mulierum. Tu, si voles, vide Syluestrum Aldobrandinum *hic*. Et omninò priuilegia alia cohærent causæ, vt in quibus eadem est causa, idem sit beneficium, & hæc iustissima erunt: alia verò cohærent illtem personis, vide *d. l. priuileg. & d. l. in omnibus causis*.

§. 9. Prætorum quoque edicta, &c.

Sequitur species quinta. Prætorum edicta ante vocauit Magistratuum edicta. Est igitur hic Magistratus Prætor sic dictus à præeundo vel præeundo, vt Fenestella, & vide Iustin. *in Nouell. 24.* In summa, cùm amplissima dignitate, præcipuisque honorum insignibus fuit is Magistratus; de quo vide Liuium, prædictum Fenestel. & Iustin. *in præd. Nouella*. Et præcipuè præfuit iuri dicendo, atque ob honorem summum eius Magistratus *ius Prætorium ius honorarium* dictum est, vt in *l. 8. D. de iust. & iur.* Quod autem ad ius dicendum attinet, sic ea de re scribit Pomponius *in l. 2. D. de orig. iur. Cum Consules finitimis bellis auocarentur, nec esset, qui in Ciuitate ius redderet, factum est, vt Prætor quoque crearetur, qui Vrbanus appellatus est, quod in vrbe ius redderet.* Hæc ille. Cætera de peregrino Prætore, & quomodo, & qua occasione deinceps plures etiam Prætores creati sint, ampliùs apud Iurisconsultos cognosces, hæc præcipuè nunc ad nos pertinent. Ampliùs de iure dicendo ad hunc nostrum locum quod attinet, tenendum est, Iuri dicendo Prætorem ita præfuisse, vt non modò litigaturis se præberet, dans actionem, dans etiam Iudicem, cum ipse ferè non iudicaret, occupatus aliis grauioribus partibus iurisdictionis: sed etiam ipse ius conderet, & ediceret, vnde Edicta dicuntur. Idque ita & ad hoc potissimum, vt ipsum ius Ciuile adiuuaret, suppleret, corrigeret, nimirum adhibita interpretatione ferè ex æquo & bono. Inquit igitur Iurisconsultus *in l. Ius autem Ciuile 7. D. de iust. & iur.* vbi ius scriptum diuidit in ius Ciuile & Prætorium. *Ius Prætorium est, quod Prætores introduxerunt, adiuuandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris Ciuilis gratia, propter vtilitatem publicam.* Et subiicit statim Marcianus in l. 8. *Nam & ipsum ius honorarium viua vox est Iuris Ciuilis.* Porrò verò annuus erat hic Magistratus; & Edicta hæc sua publicè proponebat in tabula quadam, vel in pariete gypsato, vt qua de re, vel quomodo ius dicturus esset, liceret cognoscere; atque ita ad annum figebant ea Edicta. Sed cum ita cumularentur Edicta, præcipuè exstitit quidam Saluius Iulianus temporibus D. Adriani, qui Edicta Prætorum omnia in vnum volumen collegit, adhibita etiam certa methodo. Cui compositioni accessit ipsius Principis & Senatus auctoritas, vt posthac Prætores non noua semper Edicta facerent, sed ex hoc scripto Edicto, quod vocatum est perpetuum Edictum, ius dicerent. Qua de re vide *l. 2. §. si quid igitur. Cod. de vet. iure enuc. & l. 2. D. de statu hom.* Hoc Edictum mox interpretati sunt nobilissimi quique Iurisconsulti, vt & alias partes Iuris Ciuilis. Et scribit Balduinus, hoc Edictum præcipuum fontem esse eius Iuris, quod in Pandectis habemus. Hæc hactenus de iure Prætorio, quod perquam necessarium est scire. Sequuntur Ædilium Edicta huc itidem pertinentia.

ỿ. Proponebant & Ædiles, &c.] Vide de hoc quoque Magistratu prædictos Auctores & locos, qui itidem proponebat Edicta, portionem quasi iuris Prætorii. Et Cicero *lib. 3. de Legib.* sic scribit. *Suntoq; Ædiles, Curatores vrbis, annonæ, ludorumq; solemnium.* Extat in Pandect. *lib. 21 tit. 1.* de Ædilitio Edicto, vide etiam D. Cuiacium *lib. obseruat. 2 cap. 38.*

§. 10. Responsa prudentum, &c.

Vltima species Iuris scripti Responsa prudentum sunt, i. e. Iuris prudentum, vt supra definitur iurisprudentia, & vide Pomponium *in sæpè. d. l. 2. D. de orig. iur.* Hi enim & leges ipsas

ipsas principales, vt sunt Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, Edicta magistratuum interpretati sunt. Et Pomponius scribit, naturaliter euenire, vt desiderent leges interpretationem. Et respondendo Consulentibus ius quoq; dicebantur condere. Huc pertinet, q̃ & Cic. *in Topicis* ad auctoritatem Iuriscõsultorum interpretes Iuris Ciuilis refert; & vide de his ipsis multa apud eundem Cic. *pro Cacinna, pro Murena, in lib. de Oratore. de Offic.* vbi etiam multa admodum de dignitate & auctoritate Iurisprudentum. Vide etiam Ludouicum Viuem *in lib. de corruptis disciplinis.* Item Theophilum *hic*, & omninò Pomponiũ *in sa-pe d. l.* 2. ex quo colliges huius loci interpretationem. Vbi obserua de his ICtis, vt breuiter saltem indicem omnia, cuiusmodi & quales illi fuerint? nempe, homines Ciuilium rerum periti, variaq; philosophia tincti, qui cuiusq; genius, quis mos in respondendo fuerit? quod percipies ex verbis *sententia & opiniones*, vbi vide glos. & Theoph. Item Francisc. Duaren *lib. disput. 2. c.* 11. (cæteroquin solet opinio opponi sententiæ & veritati, vt licet videre apud Cic. *lib 1. de Inuent. lib. 1. Acad. quæst & lib 1. de natura Deorum.*) vnde hanc potestatem & auctoritatem acceperint? à quibus & quando? quæ & quanta sit ea auctoritas? & quæ vis horum responsorum? Quod potissimum dicitur esse factum Constitutione quadã Theodosii, vt est *in C. Theodosiano lib. 1. c. 4.* Ita nunc habes sex partes Iuris scripti; & ex his percipere poteris, q̃ anteà in prooemio monueram, quomodo ius ad eam infinitam multitudinem ac varietatem facilè peruenerit, præsertim cùm variorum Principum extarent Constitutiones, Prætorum etiam edicta, & Iuris prudentum deniq; ad hęc omnia interpretationes & varia responsa. Et licet etiã de his videre apud Cic. *lib. 2. de legib.* qui ait; *Iurisconsultos sæpè, quod in vna erat positum cognitione, id in infinita distraxisse, idq; siue erroris obiiciendi causa, siue (quod verisimilius est) ignoratione docendi.* Sed, vt eodem loco supra dixi, Iustinianus ad certum modum ista reduxit, & variorum Principum Constitutiones in Cod. vnum collegit, & edicta Prætorum, interpretationesque & responsa Iurisconsultorum in 50. libros Pandectarum coegit. Ergo sanè ex Iurisconsultorum istorum, de quibus hîc agit, responsis constant hodiè pręcipuè nostrę Pandectæ. Ex quibus, cum aliis libris, de quibus supra, in scholis doceri & in foro iudicari debet. Et sic nunc ea ipsa responsa Prudentum valent quoque ex auctoritate Iustiniani Principis, qui omnia ista fecit sua, & hîc saltem originem iuris explicat, vide *lib. 1. & 2. C de vet. iure enucl.* Et hic est huius §. sensus; qui ad eos, qui hodiè, siue potius post tempora Iustiniani, Dd. & Iurisconsulti salutantur, non pertinet.

Sed incidit tamen grauissima ipsorum Iurisconsultorum quæstio: *Quidnam & quantum horum scriptis, sententiis & opinionibus tribuendum sit?* Equidem Iustinianus in ista sua, de qua dixi, legislatione simul Prudentum istorum auctoritatem sustulit, & omnem potestatem condendæ legis, siue iuris Romani, soli Principi adscripsit, vt *in dict. l. 1 & 2.* vide etiam *Nou. 143. cum simil.* Et prohibet etiã sub pœna falsi, ne quis deinceps Iurisperitus vllos Commentarios scribat in eos ipsos suos libros, (exceptis saltem paratitlis, vt vocãt, hoc est, argumentis & quasi summis tractatuũ ad quemque titulum, & Concordantiis, vt vocant) ne gignantur interim vllæ nouæ sententiæ & opiniones, vltra & supra, multò etiã minus cõtra certã legis sententiã, quæ pro lege necessitate quadam obtrudantur, à quibus non liceat recedere. Ita enim, ait, futurum, vt iterum legum confusiones & multitudinem infinitam habeamus. Et id sanè nobis accidisse, etiam verissimum est, scribant & dicãt homines, quicquid velint. Iustinianus pulchrè vereque vocat legum peruersiones, cùm, vt videmus, leges torquentur, & in varios sensus distrahuntur, & quiduis ex quouis cõfici solet, vt mirũ sit, si homines docti, cãdidi cordati, & boni hæc æquis animis aspicere possint. Ergo sanè vides, quid & quantũ his interpretibus tribuendum sit. Et hæc res minimè perplexa est, nempe: saltem ministerium iustæ interpretationis iis. Iustinian.

niam reliquit;(Et sunt ea scripta loco testimonii de veritate textus. Credimus autē non tàm propter auctoritatem testis, quàm propter ipsam veritatem; cui in re dubia testimonium perhibet testis. Solent itaque notare contra eos, qui habentes textum, glossam & Dd. inducunt. Et sanè Accurs. *in l. si licet 12. D. de Offic. præsidis.* notauit cōtra eos, qui in defectū legū probationes glossarum inducunt,) nouas opiniones & leges fabricare non permisit, &, si quid tandem, & quod amplius est, faciant, ad eorum opiniones neminem alligauit, sed vult eas irritas esse.

Sed tamen dicunt docti & periti, quasi consuetudine quadam, & tacito Principum consensu pristinum veluti locum ICtos istos occupasse. Et omninò videtur Iuris hæc prudentia eam interpretationem, quæ leges ad præsentia negotia semper accommodet, desiderare, vt valeat illud Pomponii in d. l. 2. *Ius constare non potest, nisi sint Iurisperiti, per quos possit quotidiè in melius produci.* De hoc monet Alciat. *in l. fin. D. de verb. sign.* Interim tamen, quis rursum id quoq; nō videt, nimia multitudine Scribentium in varios, diuersos & ambiguos sensus Ius trahi, & ita contrariis opinionibus conturbari?

Ergo hîc oritur omniū in Iure nunc nostro maxima maximeq; ardua & difficilis quæstio, nempè: *Cum sint diuersæ & contrariæ Interpret. Scribentium & Doctorum opiniones & sententiæ, cui potissimum sit standum?* Et quis nescit, si saltem vult attendere, similia omninò accidere in doctrina Ecclesiæ?

Hîc igitur traduntur regulæ ab aliis aliæ; quibus vtinam perpetuò stari posset! Felices meritò quis iudicaret & nos, & nostram hanc satis miserè afflictam Iurisprudentiam. Nihil dico studio confellendi semel benè recteq; recepta; & odi ex animo, si quis alius, hanc petulantiam disputādi. Sed aliud est de re necessaria modestè quærere veritatem. Alius itaque dixit & scripsit; *Potius esse sequendam opinionem antiquorum, quàm modernorū;* ita pulchrè Ferrariensis *in practica, in forma Capitulorum Actoris. Quando testes producuntur ad æternā rei memoriam.* Et Syracides c. 8. inquit: *Senum sermones ne negligas: didicerunt enim ipsi à patrib. suis.* Et de patribus Ecclesiæ quidam scripsit: *Quantò sunt antiquiores, tantò sunt meliores.* Sed rectè, si placet antiquum, cur non placeat etiam antiquius? Cur non placeant moderni citantes antiquiores etiam illis, de quib. iustè sentiūt, & qui feliciori seculo vixerunt & scripserunt? Sed & ipse Ferrariēsis addit: *nisi reperias textum expressum contrarium.* Ergo adhuc manet quæstio de veritate textus.

Alii, & plerique omnes magis hoc vrgent, *saltem eam opinionem, quæ est cōmunis siue communior, sequendā.* Hic licet adducere *l. minimè sunt mutanda. 23. D. de legib.* Item *l. diui fratres. 17. D. de iur. patro. pluriū* inquit, *Auctorum.* Item *l. Athletas. 4. D. de his qui notantur infa. Ita,* inquit, *omnes opinantur.* Sed quid, quod ex veritate scribit Iustinianus? (*in prædictis legib. de veteri iure enuc.*) *Sed neque ex multitudine auctorum, quod melius & æquius est, iudicandum: Cum possit vnius forsitan & deterioris sententia & multos ac maiores in aliqua parte superare.* Et ibidem etiam inquit de auctoribus Iuris: *Non omnes in omnia, sed certi vel certa, vel meliores, vel deteriores inueniuntur.* Et in Exodo scribitur c. 23. *In iudicio plurimorum non acquiesces sententiæ, ne à vero deuias.* Possem multa recitare absurda & falsa, communi tamen quadam opinione recepta siue approbata. Sed de his fient cōmonefactiones in ipsa tractatione rerum. Atque (*in d. l. minimè*) dicitur: *Minimè mutanda sunt, quæ interpretationem certam semper habuerunt.* Certam, inquit, & hoc nota. In *d. l. Athletas* additur: *& vtile videtur.* Sic habet textus: *Omnes opinantur, & vtile videtur.* Sed & *in l. 2. §. post hunc maximè, vers. hi duo.* argumentum habemus, Labeonem ICtum sæpius contra communem opinionem alia tradidisse, & hunc Iustinianus vt plurimum etiam sequitur, vt suo loco audiemus. Ergo sanè & hęc regula, qua dicitur *communem opinionem esse sequendam,* nō ita semper tuta est: sed cū multa limitatione & moderatione intelligenda.

C 3 Seque-



Sequemur eam, si non fortioribus & melioribus rationibus, certis textib. & ipsa veritate rei vincatur, aut si non videatur his obsistere. Et id præclarè monet etiam quidam ex auctorib. cõmunium opinionum, nempè Emmanuel Soarez. Atq; Zasius etiã benè monet, vt vincat vbiq; veritas, vt postea eum allegabimus. Et quidem sic scribit: *Communis opinio habet auctoritatem, non tàm quia multorum est, quàm quod ratione nititur, alioquin fugienda.* Alius (Balbus) etiam hoc quærit, circa quæ potissimum cõmunis opinio versetur? an ea quæ lege, an quę auctoritate finiuntur? Item an pensanda sit à numero auctorum, an à dignitate? Porrò vt hoc quoq; dicam, adferunt quidam ad comprobationem istius regulę etiam hoc: *In ore duorum aut trium stat omne testimonium,* Deut. 19. Sed respondeo ex eo ipso loco vno verbo, *nisi sit falsum.*

Iam alii etiam hanc adferunt regulam. *Ea opinio sequenda est, quæ proximè accedit ad vsum fori,* & hoc est *in d. l. minimè sunt mutanda.* Intelligi autem debebit de reb. perpetuò similiter iudicatis, vt sic non iniquè videatur iudicatum, *ex l. nam Imperator 38. D. de legib.* Et sic addit D. Cunradus Lagus, vt infra allegabimus *si modo vsus & consuetudo non pugnent cum ratione.*

Alii itaq; nunc has habẽt elegantes & eruditas regulas, sed magis generales: *In re dubia eam esse sequendam opinionẽ, quæ minimũ habet iniquitatis.* Item, *quæ fortiorib. vtitur rationib.* Item vt Canonistæ dicunt, *quæ tutior est conscientiæ.* Atq; verò ita est, si de vera & genuina textus sententia agitur, illa ex veris textuum fontibus, de quibus solus iudicat artifex, quærenda est, & sine ea cætera omnia facilè sunt incerta. Si de vsu seorsim quæritur, potest id ita, vt iam dixi, colligi, sed ad hoc tamen non admodũ faciet is textus non satis intellectus. Et notandum, sæpè aliquid verum esse, sed nõ tamen ex illo loco, qui adducitur. Si extra & præter siue supra textum quid ponitur & concluditur, valeant fortiores & meliores & accommodatiores rationes; & valeat dictũ: *Credendum est artifici in sua arte.* Et cũ hic rationibus agetur, cur non tam valebunt veræ & viuæ rationes, collectæ etiam ex lege diuina, ex intima Philosophia, ex optimis auctorib. quàm aliæ, nescio quæ & quales?

Ergo licet nunc ex his intelligere, quid de his opinionibus sentiendum omninò sit? quatenus sequendæ? qua in re, quæq; opinio possit esse tutior? & quatenus communis opinio, cuius est quidẽ magnum præiudicium, vt inquit alibi Viglius *in tit. de testament.* valere possit & debeat? Ego *veritatem vbiq; quisquis eam offerat,* (vt dicebat Zasius) *propter iustitiam, propter consciẽtiam, propter Deum ipsum apprehendam.* Et hæc ipsa pro veritate, candidè, apertè, simpliciter & bona conscientia, sine acerbitate, maximè sine repręhẽsione pręceptorum nostrorum, & sine neglecto honore, qui illis debetur, quorum bona dicta, nõnunquam tamẽ, vt apparet, duriora, nesciunt imperitiores Auditores rectè temperare, dico. Notum est illud, quod sumitur ex Philosopho lib. 1. Ethic. *Amicus Plato, magis tamen amica veritas.* Tu vide amplius de hac quæstione, & in hunc locum cõmunem præcipuè Zasium *in l. 2. D. de orig. iur. §. post hunc maximè, in verbo, perseuerabat, & in verb. innouare instituit,* & eundem *in ead. l. paulò ante. §. post originem.* Item D. Cunradum Lagum *in methodo sua, part. 1. c. 14. siue vlt. quod inscribit: Inter probabiles opiniones quæ sit præferẽda?* eundem Zasium *in intellectib. singularib. c. filii duorum fratrum an in capita succedant?* Alciatum *in procemio lib. 1. Paradoxorum.* Viglium *in Præfatione siue in epistola ad Carolum V. præfixa Institutionib. Græcæ Theophili.* Item Canonistas, & maximè Panormitanum *in c. Capellanus. extr. de feriis.* Emmanuelem Soarez *in lib. commu. opinionum. in verb. opinionis,* vbi etiam reprehendit, &, vt mihi videtur, non immeritò Franciscum Viuium *in communibus opinionib.* quem vide *part. 2. opinion. 182.* Et denique vide amplius alios plures. Nam eadem, vt rectè monuit ille, repetuntur ab omnibus.

§. 11. Ex non scripto, &c.

Exposito

Exposito Iure scripto, subiicit nunc alteram partem Iuris Ciuilis Romani, nempè Ius non scriptum; id definit: *Ex non scripto Ius venit, quod vsus comprobauit. Nam diuturni mores consensu vtentium comprobati legem imitantur.* de quib. vide amplius *l. de quib. 32. cum sequent. 33. 34. 35. & 36. D. de legib.* Et obserua diligenter verba definitionis, & causas omnes huius partis Iuris. Inuenies autem in fine, in effectu, in materia circa quam, vt vocât, in causa item efficienti, Ius scriptū & Ius non scriptum non admodum differre; sed maximè in forma Legislationis, & si quæ sunt alia, nempè, lex populi ipsius diserta approbatione, & manifesta Legislatoris sanctione fertur & constituitur. At hoc Ius, quod vocant Ius non scriptum, itē Ius consuetudinis, rebus ipsis, factis ipsis, siue vsibus & moribus, & veluti tacita populi conuentione & cōsensu introducitur. *d. l. 32. & 35.* Et sic lex scripta sancitur, & ideo etiam certa est. At consuetudo initium habet non scriptum. *Initium* dico; nam & hoc notandum. Plerunq; tamen etiā hoc Ius postea annotari & conscribi solere, de quo eruditè monuit Viglius *ad tit. de pupillari substit. infra.* Et præsertim accidit etiā hoc in Iure municipali, quod eodem modo in scriptum & non scriptum diuidi potest. Notat etiam Francisc. Duarenus *in lib de Feudis.* id in Iure feudali accidisse.

Porrò verò, quando ita se res habet, & consuetudo solis vsibus, non scripto, vt dixi, constet, nisi quod aliquando postea conscribi soleat, fit, vt consuetudo, siue ius consuetudinis sit incertius. Et Dd. dicunt, consuetudinem esse facti, & probatione indigere, vide eos *in l. 1. C. quæ sit long. consuet.* nimirum *allegans consuetudinem esse, eam ostendet*; quod facilè est. Et sic omnino vides, quid intersit, & quomodo conueniat inter ius scriptum & ius non scriptum, siue inter legem, quę nunc accipitur pro iure scripto, & inter consuetudinem?

Sed tamen de consuetudine duo nunc amplius quæruntur & disputātur, nempè: *Qualis omnino consuetudo esse debeat? & quomodo introducatur, vt ostendi & probari possit?* Et hic occurrit imprimis etiā consuetudinis diuisio, quā Dd. sumpserunt à varia vi & effectu cōsuetudinis. Nam consuetudo legē interpretatur. *l. si ne interpretatione 32. D. de legib.* vbi ait textus: *Optima legum Interpres est consuetudo, & legem imitatur*, vt *hic & d. l. 32.* Dicunt igitur, cōsuetudinē aliam esse secundū legē, aliam præter legem, & aliam cōtra legem. Porrò quod dicimus *consuetudinem optimam ll. Interpretem*, scias, nō tamen oportere hanc cōsuetudinē erroneam esse, deq; hoc nuper monuimus, & scribit disertè Ioan. Oldend. *in class. actionum, class. 4. act. 26. ad fin.* Et *in l. seq. 38. D. de legib.* scribitur, *In ambiguitatibus quæ ex legib proficiscūtur consuetudinem, aut rerum perpetuò similiter iudicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.*

Nunc quo ad priorem quæstionem, nominatim & disertis verbis sępius scriptum est: *Consuetudinem eam debere esse rationabilē.* Item, *consuetudinē sine veritate esse vetustatem erroris.* Ita ferè tota *distinct. 8.* Item *in c. vsus. dist. 11. & c. fin. de Consuet.* & præclarè Iustinian. in Nou. 134. *Quæ improbè excogitātur, ea ne longa quidē consuetudine firmari volumus.* Videmus igitur ex hoc, quā imperitè iis, quæ iniqua & improba sunt, prætexant homines consuetudinē. Imo extremum malum est, cum hæc ipsa excusare volumus cōsuetudine, sicut dixit Senec. *Deest remedii locus, cum vitia transeunt in mores.*

Sed iam ad II. quęstionē, quomodo cōsuetudo introducatur, & quę sint eius, ad hanc rē quod attinet, requisita? Imprimis monet de hoc text. noster, cum scribit de diuturnis moribus *consensu vtentium comprobatis.* Et vulgò in scholis tria ex hoc notant. 1. *de tempore.* 2. *de iteratis actib. in eo tempore.* & 3. *de consensu vtentium.* vt ita demum inualescat consuetudo, siue Ius consuetudinis, si obtinuerit longo tēpore, consensu quodā vtentium, nempè, cum nō vnus & alter, sed multi, &, vt dicitur, maior pars cōsentiunt, habituri id pro iure quodam perpetuo, & aliquoties secundū hoc in causis & negotiis obseruatū sit. Dicūt aliæ etiā leges de consuetudine, *diuturnam* eam esse debere, item *inueteratā*, Pōtifices aiunt *præscriptā*, *d ll. 32, 33.*

32. 33. 34. & 35. Et aiunt firmari consuetudinem iteratis actibus. Vide etiam *l. 1. C. quæ sit longa consuet. l. 38. D. de legib. & c. fin. de consuetud.* Atqui iam amplius quærunt & examinant Interpretes, quanto omninò tempore ad hoc sit opus? quot actibus? Hoc legibus disertè expressum non est, &, vt fit, alii aliter hic sentiunt. Verum, quod res est, dicunt textus nostri de longo tempore, & id communiter accipitur de decē annis, vt in materia præscriptionis. Itaque consuetudinem decennio confirmari probabile est. Et ita etiam crebrius sine errore vtputa responsum, vide Bart. *in l. 32. D. de legib.* Panormitanum *in c. fin. de Consuetud.* Quod si tamen agatur de Consuetudine, quæ sit contra manifestam legem, annos 30. aut 40. desiderant. Et quicquid hoc sit, Statuto siue Iure Saxonico semper ad eam rē requirunt, vt in præscriptione rerum immobilium, 30. annos, annum & diem. Ita notat Faccius *differ. 22.* Quod ad actus, de quibus dixi, attinet, receptior opinio est, requiri ad minus duas vices contradictorii Iudicii; Aut si sint actus extraiudiciales frequentiores etiam, nempè quod aliquoties ad eum modum obseruata sint negotia. Et notandū, sicut leges scriptæ firmantur cōsuetudine, ita consuetudinē firmari reb. iudicatis *d. l. 35. 37. D. de legib. & c. in istis. dist. 4.* Iam deinceps restat adhuc locus post ius generale Roman. de Statutis & Consuetudinib. municipalib. Sed de his monebo ad §. sequentem, vt sic absoluam ordine hunc tractatum de principiis iuris.

§. 13. Sed naturalia, &c.

Exposuit hucusq; locū de Iure natural. gent. & Ciuili, vbi etiam de Iure Romano, & eius origine. Nunc corollarii cuiusdam loco confert Ius naturę & Ciuile, indicans vtriusq; proprietatem, in qua spectatur eorum inter se differentia. Vbi imprimis obserua, Ius naturæ, quando confertur, vt vides, cum Iure Ciuili, accipi de vniuerso Iure naturæ, de toto dictamine Iuris naturæ; & quod verū est Ius naturæ id Theophilus intellexit Ius gentium, vide *c. fin. dist. 6.* Deinde nota, q̄ id Ius scribat diuina prouidentia constitutum, & apud omnes gentes peræquè obseruari: Iura verò Ciuilia vnāquamq; ciuitatem sibi constituere, de quo superiorib. lectionib. diximus. Iā verò sequitur hæc differentia. *Iura naturalia,* inquit, *semper firma atq; immutabilia permanēt. At Ciuilia sæpè mutari solēt.* vbi annectit deinceps etiā aliū locū de mutatione Iuris Ciuilis, qui desumptus est ex *l. de quib. 22. D. de legi.* Sed iā prius de hac ꝓprietate Iuris naturæ; quod firma sint eā Iura & immutabilia: Vbi obserua duo; ex eo quid conficiatur, siue quis eius rei sit effectus; & quomodo occurrendum sit iis, quæ cōtra obiiciūtur? Nota igitur ex hoc imprimis huic iuri nō posse derogari; nec posse id abrogari; deinde nō posse ab hoc iure quenq̄ solui, sed obligare id oēs homines, idq; semper & vbiq;. Vnde etiam excusatio ignorationis Iuris naturæ nulla est, q̄ admonet *l. 2. C. de in Ius vocando.* de his antea etiā monui ex *lib. 3. de Repub. Ciceron.* Sed cum iam ita pulcherrimè & lōgè grauissimè dicimus: *Iura naturalia semper firma & immutabilia permanere,* obiiciūtur & occurrūt varia. Obiicitur: Ergo distincta non oportet esse dominia, cum ex Iure naturali fuerit rerum omnium cōmunio, *vt in c. Ius naturale, dist. 1.* Obiicitur; homines nō amplius tamen ea, quę sunt ex Iure, vti oportuit, facere. Vt: etsi gratitudinis officium ex Iure naturæ est, tamē maximè sunt homines ingrati, & faciunt ingrata. Obiicitur: leges ipsas esse contra Ius naturæ, cum lex naturæ sit, dandum esse cuiq;, q̄ ipsi debetur; depositum reddendum, mutuum ei, qui dedit, reddendum; tamen lex nōnunquam dari & reddi ista non vult, veluti, si quæ dedit sanus, repetat furiosus, *ita in l. bona fides. 31. D. depositi, & in c. ne quis 32. q. 1.* Cic. *in Offic. lib. 1. & 3.* Plato *lib. 1. Polit.* & eiusmodi sunt multa alia. Ad occurrendum igitur istis omnibus, sic breuiter de hac regula sentiendum; sicque eam explicabimus. Iura naturalia sunt semper firma & immutabilia: nempè ea, quæ sunt præcepti, & quidem quod attinet ad notitias in mente; & hoc ita, vt tamen inferius præce-

præceptum pro tempore interquiescat ad conseruationem superioris & præstantioris præcepti, ex quo vim suam illud habet; & omninò simpliciter immutari non possit, licet illi addi vel detrahi possit, hoc est, determinari possit additis circumstantiis, salua eius substantia. Vide rursum eundem Cic. *in Offic.* Phil. Melanch. s.m. *lib. 2. Ethic. & in Topicis.* & quod præclarè docuit s. m. D. Lutherus *in Cathechesi præsertim maiori,* nempe præcepta omnia secundæ tabulæ intelligi & exprimi ex prima tabula. Item vide *l. Ius Ciuile est. D. de Iust. & Iur.* Et hæc breuiter de iure naturæ.

Iam videamus de iure ciuili. Primùm ait, *sæpè id mutari posse.* vbi tenendum vtrunque. Primùm quod de mutatione inquit; de quo pulchrè Agellius (*lib. 20. cap. 1*) *Non*, inquit *profectò ignoras, legum opportunitates & medelas pro temporum moribus & rerum publicarum generibus, ac pro vtilitatum præsentium rationibus, proq; vitiorum, quibus medendum est, feruoribus, mutari atq; flecti, neq; vno statu consistere, &c.* Deinde quod etiam Aristoteles scribit. *2. Polit.* semel receptas leges non esse facilè mutandas, etsi incommodi aliquid habeant. Et huc pertinet *l. in rebus nouis constituendis 2. D. de constitu. Princip.* Nam omninò, vt rectè scribit Oldendorp. trahit secum illa frequens mutatio legum mutationem morum. Sed iam videamus quomodo mutetur, & quis huius rei effectus? *Tacito* inquit *populi consensu*, nempe *per desuetudinem*, id est, contrariam consuetudinem; de qua etiam supra diximus. Item *alia lege posteà lata*, nempe, in cõtrariis legibus valet posterior; ita supra alio loco docuimus; & habetis pulchrè etiam apud Liuium *libr. 7. Item lib. 9. Decad. 1.* apud Cic. *2. de Inuent.* Atque hic postremus locus huius §. vti antea monui, est ex *l. de quib. 32. D. de leg.* vbi amplius monet Iurisconsult. in decidendis controuersiis, quod potissimum ius sequi debeamus: *De quibus*, inquit, *causis scriptis legibus non vtimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est; & si qua in re hoc defecerit, tum quod proximum & consequens ei est. Si nec id quidem appareat, tunc ius, quo Vrbs Roma vtitur, seruari oportet, &c.* Et scriptum itidem est in toto iure, generi per speciem derogatur. *l. in toto iure 80. D. de reg. iur. l. sanctio legum 41. D. de pœnis. cum similib.* vt, si extat lex naturæ, lex gentium, lex communis Imperii, lex populi, veluti Saxonici, lex priuata Vrbis & municipii, (legem cum dico, consuetudinem nunc etiam complector, & semper valet, quod antea dixi, id quod est posterius) sequenda est lex priuata municipalis. Porrò ex hoc nunc quæritur, *anne singula regiones, singula municipia in Imperio, iura quædam priuata & peculiaria, priuatas leges & consuetudines inducere possint?* Quod si fiat scriptis, ius statuarium; sin sine scriptis, consuetudo dicitur, quæ introducitur ita, vt supra diximus. Ad quæstionem quod attinet, apparet hîc, fieri non debere; apparet rursus ex aliis argumentis, fieri posse. Sed tamen est ea quæstio duplex. Quæritur, *si præter legem generalem ista introducãtur*, quæritur, *si contra?* Imprimis verum est, non posse facilè vllo modo ita leges scribi, vt omnes casus & circumstantias, quæ quandoque incidunt, complectantur. Et proinde, si quid in talibus iure ciuitatis introductum est, id meritò ibi pro lege obseruari debere dici potest. Ita videtur probari ex *d. l. 32. adde & l. 34. Item l. neq; leges 10. D. de leg. cum similib.* Sed cum quæritur, *an tale quid etiam introducere possint aduersus legem Romanam generalem & communem, vt legem ibi vincat?* res est maioris dubitationis. Videntur obstare rationes, videntur obstare leges & textus, *vt in l. 3. §. diuus Hadrianus. D. de sepul. viol.* videntur & alia iura obstare; & omninò etiam res est perplexa. Sed, vt breuis sim, videmus tamen ita fieri, regiones & Ciuitates priuatas iura quædam sibi conuenientia, iuri communi etiam Romanorum aduersa, condere. Et sic statuo, opinionum illam varietatem distrahentium ferè leges in varias & diuersas sententias, & effecisse, vt varium id ius inter diuersos populos & ciuitates reperiatur; & monuisse etiam iustissimè populos, vt confugerent sæpè

ad iura certa municipalia. Ita longè grauissimè Dominus Viglius *in oratione ad Carol. V. Imperat. de qua supra.* Et deinceps hoc posito & dato, posse populos sibi & suæ ciuitati statuta condere, quæritur, *quinam populi talia statuta condere possint, & quomodo omninò?* Et quo ad priorem locum, quæri hoc solet, an statutum condere cuilibet permissum videri possit? an verò ii demum facere possint, qui habent iurisdictionem, vt sic opus sit aliqua iurisdictione? Verùm quid id sit (Nam quod certò definitum sit, non reperio) videmus, si qui superiorem iurisdictionem habent, eos liberius statuta condere pro suo arbitrio. Alios ita demum, si specialiter id iis permissum sit, & si confirmentur ab iis, quorum est suprema apud eos iurisdictio; & de hoc Dd. *in sæpè d.l.32 Item in L. omnes populi 9. D. de Iust. & iur.* Quo ad alterum caput, sciendum est primo, hæc tamen iura & statuta talia esse oportere, vt non modò non pugnent manifestè cum iure naturæ, cũ iure diuino, cum æquo & bono, cum publica honestate, quæ generalia sunt; sed etiam plerique autumant, vt nõ pugnent cum iure cõmuni & generali, quod quasi ad publicam vtilitatem pertinens aliquid iubeat aut vetet, tanquam bonum aut malum. Et omninò vt iam sint inducta contra legem, habentem clausulam derogatoriam, vide *gl. in l. 32.* & Baronem *ibid. Item Auth. nauigia. C. De portis, &c.* Deinde tenendum, vincere saltem ea statuta legem generalẽ & commmunem in illo loco. Nã extra hoc lex cõmunis in suo vigore facilè manebit, vt quæ cõmuniter omnibus & pluribus lata est. Et ex hoc fonte est illud vulgatum: *Statuta sunt strictè interpretanda*, nempe, ne quantum fieri possit, discedatur à iure cõmuni, & quod diu æquum visum est.

§. 13. Omne autem ius, &c.

Huc vsque de his, quæ ad principia, ad fontes, & ad originem iuris nostri Romani, & iuris ipsius diuisiones pertinent; nunc ex Caio IC. *li. 1. Inst.* tria sũma esse generalia iuris nostri capita, ratione obiecti subiicit. Cuius ingenio oẽs priuatæ controuersiæ, imò omne ius priuatum vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinent. Atq; in his Institutionib. ea deinceps methodus est obseruata, vt libro I. de personis siue de iure personarũ agatur, li. II. & III. de rebus ipsis, & earum acquisitione, & de obligationibus; & deinceps lib. IV. de actionibus. Vide *D. tit. de statu homin. l. cum igitur 2.* vbi etiam Hermogenianus IC. *lib. 1. Iuris Epitomorum* ex eodem loco methodum etiam continuationis titulorum, vt vocant, nobis commendat & indicat. Ergò nunc incipiemus de iure Romano caput primum, quod est de Personis, & sequitur tit. primus.

DE IVRE PERSONARVM.

TITVLVS III.



SVMMA itaque diuisio de iure Personarum hæc est, quod omnes homines, aut liberi sunt, aut serui. Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut Iure prohibetur. Seruitus autem est constitutio Iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur.

§. 2. Serui autem ex eo appellati sunt, quòd Imperatores captiuos vendere, ac per hoc seruare, nec occidere solent. Qui etiam mancipia dicti sunt, eò quòd ab hostibus manu capiuntur.

§. 3. Ser-

§. 3. Serui autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut Iure gentium, id est, ex captiuitate, aut Iure ciuili, cum liber homo maior viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.

§. 4. In seruorum conditione nulla est differentia, in liberis autem multæ. Aut enim sunt ingenui, aut libertini.

COMMENTARII.

IN Pandectis titulus est de Statu hominum, qui de personis hoc tit. tractatur & vario statu, conditione & qualitate hominum. Alius circumstantiam personarũ vocat, vt Ioan. Apelles. Porrò quinque potissimùm diuisionibus summis & infimis hoc ius Personarum in isto libello Iustinianus persequitur, quarum nunc primum & summum subiicit.

§. 1. Summa itaq; diuisio, &c.

Primam & principalem diuisionem apud Romanos (etsi satis notа ista quoq; fuit aliis etiam gentibus, vide Moysen diuinum legislatorem, Aristot. *1. Polit.* vide in iure Sax *præsertim lib.* Landtrecht *3 art. 42.*) ait esse, quod homines *alii sint liberi, alii serui.* Nunc verò quæritur, qui sint liberi, qui serui? Id definitionibus libertatis & seruitutis aperit; sed tamen vt apparet obscurius adhuc. Quamobrem istæ definitiones diligẽtius explicandæ sunt, quasi periphrastica enarratione, & indicandæ causæ, & præsertim vis & effectus. *Libertas,* inquit *est naturalis facultas eius, quod cuiq; facere libet, nisi si quid vi aut Iure prohibeatur. Seruitus verò est constitutio Iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur.* Primùm quo ad causam efficientem, *libertas est naturalis facultas,* quasi dicat, naturale donum siue beneficium, naturale ius, vt supra tit. præcedente. Et intellige, vt exposuimus de bono, commodo. *Seruitus est constitutio Iuris gentium*, vt ex tit. supra. *Contra naturam* inquit. Primò contra naturalẽ illam facultatẽ, non contra naturalem iustitiam, contra bonũ & æquum, nisi, siue quatenus domini abusi sunt hac sua potestate contra omnem naturam, sed de hoc postea. Sed quoad effectum de libertate inquit, est *facultas eius, quod cuiq; facere libet,* quasi dicat, liberum esse eum, qui quod vult facere potest, quomodo dixit Cicer. (*in Parad. in offic.*) *Libertatis proprium esse sic viuere vt velis.* Sed addit tamen adhuc ad restringẽdum, *nisi si quid iure prohibeatur,* quasi dicat, est naturalis facultas faciendi, quod lubet, quod & ius siue iustum est. Sic sanè Paulus Apostolus docet, non liberos esse, qui liberè peccant & malè faciunt, sed seruos. *Seruus,* inquit, *peccati est qui peccat.* Et Cicero etiam pro Cluentio. *Legum idcirco serui sumus, vt liberi esse possimus.* Huc pertinet, quod pulchrè scripsit I C. sub tit. de condit. Instit. *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecũdiam nostram,* &c, vt generaliter dixerim, *quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.* Porrò quod amplius adhuc in definitione additur, *Vel vi,* vt mihi videtur, omitti potuit, quãdo non sic re uera libertas adiuuetur, sed saltem de facto impediatur, nisi fortassis voluit nunc plenissimam libertatẽ definire, quę consistit in omnibus iuribus humanis. Nam iubere est intellectus & voluntatis, exequi autẽ sine impedimẽto est externarum facultatum, siue externorum membrorum. Ergò liber est, qui, quod rectè vult, liberè etiam exequitur. Et hæc de libertate; nunc conferamus seruitutem. Rectè dixit Zeno, vt hic citat Hottom. seruitutem esse eius Iuris, nempe, de quo dictum est, priuationem. Et in summa, seruus, vt vult, viuere non potest, sed Iure gentium alieno dominio, alieno arbitrio vel iuri cõtra naturalem illam libertatem subiectus est, idque ad arbitrium vsque, & ad plenum ius vitæ & necis, ad acquisitionem itidem. Et non modo hoc, sed quod plus est, vt omnis intereà Iuris Ciuilis sit expers homo seruus. *l quod attinet 32 ff. de reg. iur.* Expositis definitionibus,

D 2 iam

iam videamus, vnde sit præcipuè hæc nostra seruitus, ex quo etiam cognoscemus, quid hodie de seruitute hac sentiendum sit?

§. 2. Serui autem ex eo, &c.

Docet ius hoc nostræ seruitutis ex captiuitate esse, siue ex cōditione & iure bellorū, quod quale sit sic intelligi potest, nempe, cum hostes interficere liceret, *vt est in l.3 §. vlt. D. ad l. Cor. de sicariis.* bello tamen victos & superatos & fortè supplices Imperatores vendere potiùs consueuerunt, vt ita seruarentur ad seruiendum, nisi tamen quod etiam hi captiui nonnunquam potuerunt redimi, vt dato & soluto precio redemptionis liberarentur, vide Agell. *lib.7.c.4 & l 20. qui testamen. D. de testamentis, & l. in bello 12. §. si quis seruum. D. de captiuis & postl reuers.* Et hæc de origine. Alii aliter definiunt seruitutem, sed illa fortassis ad hunc locum iuris non admodū pertinent. Iustinianus autem deinceps in §. sequenti latius ostendit, quàm variè adhuc fiant serui. *Serui*, inquit, *aut fiunt, aut nascuntur.* Fiunt Iure gentium, vt ita dictum, ex captiuitate, & Iure Ciuili, si quis semetipsum venundari passus est, de quo vide latius *tit. D. & C. quib. in libertatem proclamare non licet.* Nascuntur ex ancillis nostris. Nam qui ex seruis nascitur, seruus est, de quo audiemus ad sequentem tit. Et hęc in §. 2.

Porrò notandum est cœpisse & aliter fieri seruos. *Fures* olim iis, quibus furtum fecissent, in seruitutem addicebantur; & *debitores* non soluentes æs alienum creditoribus suis in seruilem eam conditionem addicebantur, vide de his Agell *lib.11. cap.18. libr 20. c.1.* Quint. *lib. 3 cap.8. & lib.7. cap. 4.* Item Budæum *ad tit. de in diem addictione.* Et ita quoque ad pœnam, siue loco pœnæ hoc contingebat. Sed & efficiebantur quidam serui pœnæ ob delictum, de quo infra. Et alioqui *damnati ad supplicium mortis* illico fiebant serui, vt suo loco dicetur. Parentes etiam *liberos* suos in seruitutem poterant diuendere, & Patroni *libertos ingratos* seruitute mulctabant, de quibus omnibus suo loco. Et sic multis modis efficiebantur serui. Nunc quoad mores nostros, vt vno verbo dicam, hæc omnia nostris aut moribus aut legibus penè abolita sunt; nemo se amplius in seruitutem diuendit; nec fures, nec ære alieno grauati in seruitutem amplius addicuntur. Et in obæratis aliquid antiquitatis retinet Ius Saxonicum. Liberos etiam vendere leges nouæ vix permittunt. Nec vsitatum, ingratos libertos seruos facere, pœnæ nomine, & ob vltimum supplicium non fiunt serui ex nouis legibus. Sed & captiui nostri hodiè statum ita non mutant, vt fiant serui, nisi tamen inter nostros hostes fidei Christianæ bellum fuerit. Ita notat Alciatus *in l. hostes 118 D de verb. sign.* & alii Doctores Et redimunt tamē se captiui, quam pecuniam Græci vocant λύτρον. Et his omnibus mutatis, non facilè etiam serui nascuntur. Sunt tamen huius seruitutis siue seruilis conditionis quasi imagines & similitudines quædam in populis nostris, alio tamen loco manifestiores quàm alio. Cornelius quidem Tacitus de Germania scribit: *Germaniam veros seruos non habere*. itaque, vt Doctores etiam tradunt, ii, quos eę, de quibus dico, Germaniæ regiones seruos habent, mercenariis siue libertis magis sunt similes, quā veris seruis. Nos vocamus vsitatè homines nostros, & homines proprios. Vnde etiam illa vox, hominii, qua vtuntur Feudistæ, etsi hodie minus rectè vocant homagium. Et ad hos quidem homines & similes ea, quæ de seruis dicuntur, suo modo accommodantur. Solent etiam Doctores accommodare ad Monachos Ecclesiæ Papalis, qui in quibusdam non sunt absimiles seruis. Et hæc hactenus de seruis. Sunt sanè, qui contendunt, bannitos & proscriptos Imperii hisce seruis magis assimilari.

§. fin. In seruorum, &c.

Quantum ad diuisionem seruorum, dicit, nullam esse differentiam; sed quod ad liberos attinet, eos esse duorum generum, nempe, *aut ingenui sunt aut libertini.* ex quo sunt 2. ti. seqq. Et quod de seruis dicit, intellige de differentia reali. Quoad statum alioqui diuersa & alii

alia

alia obibant officia. Et quidem seruis vsi sunt veteres ad munera & officia familiaria & domestica, de quo vide Arist. *lib.1. Polit c. 4.* Doctus interpres hunc locum sic accipit: *Nihil interest, vtrum seruus quis sit natus an factus; sed vtrum liber sit factus, an natus, multum interest.*

DE INGENVIS.

TITVLVS. IV.



INGENVVS est is, qui statim, vt natus est, liber est, siue ex duobus ingenuis matrimonio editus est, siue ex libertinis duobus, siue ex altero libertino, & altero ingenuo. Sed etsi quis ex matre nascitur libera, patre verò seruo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus est, quoniam vulgò conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est.

§. 2. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit, liberum, an seruum pariat? Et Martianus probat liberum nasci: sufficit enim ei, qui in vtero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, vt liber nascatur, quod & verum est.

§. 3. Quum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in seruitute fuisse, & posteà manumissum esse: sæpissimè enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

COMMENTARII.

NVNC vult definire liberum natum, qui dicitur ingenuus. *Ingenuũ* definit igitur, *qui statim vt natus est liber est.* Et pulchrè addit Laurentius Valla *li. 4. c. 1.* nec vnquã seruiuit. Cicero meminit in Topicis gentilium: *Gentiles* inquit, *sunt, qui inter se eodem sunt nomine, ab ingenuis oriundi, & quorum maiorum nemo seruitutem seruiuit.* Hos Liuius *lib. 10.* ingenuos, qui patrem ciere nunquam possunt, vocat; qualis est apud nos ratio nobilitatis. Vide de hoc Budæum *in l. vlt D. de senat.* Porrò, eo posito, quod ingenuus is sit, qui liber natus est, quæstio in eo est, quisnam dicatur seruus, aut liber natus? Et de hoc breuiter & in summa sic docet: *Liberum nasci, qui nascitur saltem ex libera matre*, vt sic seruus sit, qui habuit matrem seruam, siue ancillam. Liberam autem matrem intelligit hic, si saltem aliquo tempore rursus fuit libera, nempe vel conceptionis, vel natiuitatis, vel intermedio. Et sic non obest, etsi rursus aliquando fuerit serua, si modo ista aliquo tempore inuenta sit libera. De patre non magna est quæstio hîc. Et hæc sunt ex *l 5. D. de statu hom.* ex quo nunc nota hanc regulam: Quod ad statum attinet, partus sequitur matrem nõ patrem. *l. partus. C. de rei vind.* Tum etiam obserua hic summũ libertatis fauorem, de quo dicit regula: Libertas omnibus rebus fauorabilior est. *l. 22. D. de reg iur.* Nunc etiam hoc obserua, aliter quoq; adhuc fieri ingenuos, *ex titut. D. de natalium restit. lib 40. Item tit. de iure aureorum annulorum.* Et de his consule eundem Budæum præd. loco. Respice *ad l. Ingenuum 25. D. de statu hominum.*

DE LIBERTINIS.

TITVLVS V.

IBERTINI sunt, qui ex iusta seruitute manumissi sunt. Manumissio autem est de manu datio. Nam quamdiu aliquis in seruitute est, manui & potestati suppositus est, & manumissus liberatur à domini potestate. Quæ res à Iure gentium originem sumpsit, vtpote quùm Iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cùm seruitus esset incognita. Sed postquam Iure gentium seruitus ingenuitatem inuasit, sequutum est beneficium manumissionis, & cùm vno communi nomine omnes homines appellarentur, Iure gentium tria hominum genera esse cœperunt, liberi, & his contrarium serui, & tertium genus, libertini, qui desierant esse serui.

§. 2. Multis autem modis manumissio procedit. Aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet vltimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas seruo competere potest, qui tam ex veteribus, quàm ex nostris constitutionibus introducti sunt.

§. 3. Serui verò à dominis semper manumitti solent; adeò, vt vel in transitu manumittantur, veluti cùm Prætor, aut Præses, aut Proconsul in balneum, vel in theatrum eant.

§. 4. Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modò maiorem & iustam libertatem consequebantur, & fiebant ciues Romani: modò minorem, & Latini ex lege Iulia Norbana fiebāt; modò inferiorē, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorū quidē pessima conditio iam ex multis temporibus in desuetudinem abierat, Latinorū verò nomē nō frequentabatur: ideoq; nostra pietas omnia augere, & in meliorē statū reducere desiderans, duabus constitutionib. hoc emendauit, & in pristinum statū reduxit, quia & à primis vrbis Romæ cunabulis vna atq; simplex libertas cōpetebat, id est, eadem quam habebat manumissor; nisi quod scilic. libertinus sit, qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionē nostram expulimus, quā promulgauimus inter nostras decisiones: per quas, suggerente nobis Tribuniano viro excelso Quæstore nostro, antiqui Iuris altercationes placauimus. Latinos autē Iunianos, & omnem quæ circa eos fuerat obseruantiā alia constitutione per eiusdē Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter Imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos, nullo nec ætatis manumissi, nec dom. manumittētis, nec in manumissionis modo discrimine habito, (sicut iā antea obseruabatur) ciuitate Rom. decorauimus, multis modis additis, per quos possit libertas seruis cū ciuitate Rom. quæ sola est in præsenti, præstari.

COM-

COMMENTARII.

NVNC de altera specie hominum liberorum, qui dicuntur libertini ex iusta seruitute manumissi. Differunt igitur hi ab ingenuis, quod ingenui nunquam seruierunt, Libertini aliquando serui fuerunt. Liberti etiam non ita liberi sunt, vt ingenui, quia manumissorem patronũ habeant, cui gratitudinis ergò reuerentiam, obsequia & operas debent. Imò & partem quandam bonorum, siue testati, siue intestati moriantur. Et hoc est, quod vocant, ius patronatus. Poterant etiam ingrati in seruitutem reuocari, vide *D. de obseq. à libert præst. & D. de iure patronatus lib. 37. &* C. *de libertis & eorum liberis. l. si manumiss. 92. cum sequenti & infra tit. de success. libert.* de quo supra. Sequuntur nunc alia capita & partes huius titu'i, qui sint isti, quomodo & quã variè serui liberentur, vbi de manumissionibus & earum speciebus, &c. quotuplices olim fuerint libertini, & quid sit ius nouum?

¶. Manumissio autem est, &c.] Serui liberantur præcipuè per manumissionem; quæritur igitur, quid sit manumissio? Et ait, esse *de manu dationem*, vel potius libertatis dationẽ, quæ fiebat quodam solemniori ritu incurrente in oculos, vt solet fieri, vt quod aures audiant, oculi etiam quasi videant. Et de his vide Persium *satyr. pen. 5.* Item Festum, item *l. fi. C. de adopt. & l. fi. C. de emanic. cum similib.* Porrò etsi manumissio solemniter, vt dixi, fieret, fiebat tamen solo arbitrio domini seruum suũ liberare volentis, & extra oẽm iudicii strepitum, vt esset voluntarius, siue volũtariæ iurisdictionis actus, quo respicit §. *Serui verò. infra eod.* Equidem solent tamen & aliter quoq; serui liberari, nempe Iuris auctoritate ob præmium, veluti, si seruus necem domini sui ausus fuerit legitimè vindicare, si deferat falsatorem monetæ, item desertorem militiæ, auctorem famosi scripti, de quibus vide *Digest. Qui sine manumissione libertat. accip. & C. tit. quibus ex causis serui pro præmio libertat. accip. item tit. C. communia. de manumiss. l. fi.* & de hoc attingit etiam infra nostro titulo.

§. 2. Multis autem, &c.

Nunc ostendit, quot modis consueuerit fieri manumissio, de quo imprimis sciendũ est, aliam manumissionem fuisse maiorem & solemniorem; aliam minorem, quod infra habet textus finalis. Vlpian. *in Inst. tit. 1.* docet de manumissione per censum, vindictam & testamentum, quod & Cicero *in Topicis* habet. Et Iustinianus prioris modi per censum non meminit, & eius loco fortè substituit manumissionem, quæ fit in Ecclesia; & addit amplius alios nõnullos modos minus solemnes, nempe manumissionem inter amicos & per epistolam. Et de his habes *tit. Pand. & C.* Porrò de manumissione per vindictam scribitur etiam infra tit. proximo. *§. ead. leg.* vbi significat, talem manumissionem fieri consueuisse in Concilio siue Conuentu. Testamento manumittitur seruus per testatorem, idque vel directò, vel per modum fideicommissi. Inde directa & fideicommissaria libertas, de quo *D. de fideicommiss. libert. & infra. lib. 2. tit. pen. de reb. sing. per fideic. relictis.*

§. 4. Libertinorum autem, &c.

Libertinos, vt dixi, præcipuè faciebat manumissio; sed tamen non fiebant libertini omnes eodem modo, eadem prærogatiua & priuilegio, vt ex hoc statim essent Ciues Romani & pleni iuris Ciuilis capaces, quando placuit diligenter retinere in ciuitate differẽtiam personarum, & non contaminari eam confusione & promiscua commixtione hominum. Alii igitur variis ex legibus fiebant Romani, id est, libertini Romani & Ciues Romani, alii Latinorum populorum, alii dedititiorum iura saltem consequebantur, & hi pessimo erant loco, non admodum distantes à seruis, de quorum conditionibus vide plenius Vlpianum, Caium & Theophilum *in Institut. hic. & in tit. de success. libertorum lib. 3.* & alios Auctores antiquitatum. Tandem post variam Iuris mutationem hanc Libertinorum differentiam Iustinianus sustulit, vt essent & fierent omnes Romani, de quo *duob. tit. de Latina.*

tina libertate tollenda, & de dedititiorum libertate tollenda. Et vide nunc amplius in hunc locum de varia mutatione iuris *in Nou 78. Item Nou 22.c.2. §. quod autem Item l. in vrbe 17. D. de statu hominum.* vide etiam *in const. Imperii Comitiorũ anni 1548 parte 3. de reformatione ordinis politic. cap. vltim. quod inscribitur:* Von Handtwercks Söhnen vnd Gesellen / nempe filiorũ opificum filii ab aliis opificibus ob id non excludentur. Apparet ergo, paulatim magis voluisse legislatores ad simplicius ius naturæ venire. Equidem, quemadmodum ex Philosophorum doctrina vera seruitus & libertas eiusque initium ex natura est, sic etiam vera nobilitas & ignobilitas ex virtute est, sed postea Ius Ciuile dedit incrementum. Vide de hoc Budæum *ad l. vltim. D. de senat.* Item Baronem *ad tit. de ingenuis supra.* Item vsus feudorum, & ibidem etiam Baronem, & eundem præsertim *lib 2.c.10.* Carolum quoq; Sigonium. *lib. 2. cap. 20.* Et pulchrè dixit idem Baro: *Nobilitatis initium est à virtute; Ius Romanum dedit incrementum; summam verò merces beneficiorum, quæ vocantur feudalia.* Requirit tamen Cæsar etiam in nobili milite virtutem, sed præcipuè constantem fortitudinem in propugnando pro causa iusta, vide eum *lib. 7. de bello Gallico.* Et Gregorius ad Patricium Gallorum scribens docet, legem nobilitatis esse, vt persistant in beneficentia. *c. 1. de donationib ext.*

QVI ET EX QVIBVS CAVSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

TITVLVS VI.



NON tamen cuicunque volenti manumittere licet. Nam is, qui in fraudem creditorũ manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem. Licet autem domino, qui soluendo non est, in testamento seruum suum cum libertate heredem instituere, vt liber fiat, heresque ei solus, & necessarius, si modò ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa heres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia prouisum est; & rectè. Valde enim prospiciendum erat, vt egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel seruum suum necessarium heredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus, aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias serui nomine vendant, ne iniuria defunctus afficiatur.

§. 2. Idemque Iuris est, & si sine libertate seruus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solùm in domino, qui soluendo non est, sed generaliter constituit, noua humanitatis ratione, vt ex ipsa scriptura institutionis etiã libertas ei cõpetere videatur, quũ non sit verisimile, eũ, quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationẽ, seruũ remanere voluisse, & neminẽ sibi heredem fore.

§. 3. In fraudem autem creditorũ manumittere videtur, qui vel iã eo tempore quo manumittit, soluẽdo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est soluẽdo esse. Præualuisse tamen videtur (nisi animum quoq; fraudandi manumissor habuerit)

buerit) non impediri libertatem, quamuis bona eius creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quàm in his est, sperant homines. Itaq; tunc intelligimus impediri libertatem, cum vtroq; modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eò, quòd eius bona non sunt suffectura creditoribus.

§. 4. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quàm si vindicta apud consilium, iusta causa manumissionis approbata fuerint manumissi. Iustæ autem manumissionis causæ hæ sunt, veluti si quis patrem, aut matrem, filium, filiamve, aut fratres, sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut collectaneum manumittat, aut seruum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in vxorem ducatur: nisi iusta causa impediat: & seruus qui manumittitur, procuratoris habēdi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur. Semel autem causa approbata, siue vera sit, siue falsa, non retractetur.

§. 5. Quùm ergo certus modus manumittendi minoris viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam cōstitutus esset, eueniebat, vt qui quatuordecim annos expleuerat, licet testamentū facere, & in eo sibi heredē instituere, legataq; relinquere posset: tamen si adhuc minor esset 20. annis, libertatem seruo dare non posset. Quod nō erat ferendū. Nam cui totorum suorum bonorū in testamento dispositio data erat: quare nō similiter ei, quemadmodū alias res, ita & de seruis suis in vltima voluntate disponere, quemadmodū voluerit, permittimus, vt & libertatē eis possit præstare? Sed quùm libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas libertatem seruo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare seruo suo concedimus, nisi decimumseptimū annum impleuerit, & decimumoctauum attigerit. Quum enim antiquitas huiusmodi ætati & pro aliis postulare cōcesserit: cur non etiam sui iudicii stabilitas ita eos adiuuare credatur, vt ad libertatem dandam seruis suis possint peruenire?

COMMENTARII

Dixit de Manumissionib. per eas seruos liberari, & varias quidem esse manumissionum species, quo magis serui liberentur; siquidem fauorabilis res est libertas & omni fauore digna, *l. libertas omnib. reb. D. de reg. iur.* Sed tamen est etiam libertas res inæstimabilis, & nō temerè cōmittenda eius concessio quibusuis. *l libertas inæstimabilis. D. de reg. iur.* ita etiam donanda est libertas, vt alii ex hoc non afficiantur iniuria. Itaque docet nunc de causis, quę impediunt liberā manumissionem, quarum sunt duæ ex lege Ælia Sentia; de qua supra, & harum rationes & regulæ notandæ sunt.

℣. Qui in fraudem, &c.] Prima causa: in fraudē creditorum manumissio facta non valet, & non ęst rata, vt ex hoc noceatur creditoribus, sed potiùs tunc reuocabitur. *C. qui*

manumittere non possunt, & ne in fraud. credit. manum & D. qui & à quib. manumiss liberi non fiant. Porrò qs dicatur in fraudē manumittere, & quando, vt ex hoc reuocanda sit ea manumissio, docet *§. in fraudem, cum seq. infr. eod.* vbi vult, in hac præsertim re animum & euentum concurrere, vt non sufficiat animus malus sine euentu, multò minus euentus sine animo. vide *l. fraudis interpretatio. D. de reg. iur.* Eandem autem illam regulam primam de prohibitione ob fraudem in §. sequenti rursus limitat siue emēdat, fauore egenorū, morientium, vt in testamento saltem, quo heredem habere possint, qui ipsos ab iniuria vindicent, etiamsi fraus adhibeatur, valeat manumissio vnius seruuli, qui sit futurus necessarius heres. Et hoc nunc rursus *in §. idemque iuris.* amplificat fauore eiusdem testamenti, vt etsi manumissionis, id est, liberationis in testamento, quo heredem istum scripsit, non meminit, tamen sit futurus & liber & heres, ne ea ratione fraudetur defunctus, & ne videatur nolle consequens, qui vult antecedēs; vbi non tàm scripturam, quàm voluntatem attendimus, de quo Rhet. & Cic. *de Inuent.*

§. 4. Eadem lege Ælia, &c.

Sequitur altera causa & prohibitio, quæ cōtinetur breuiter hac enunciatione: Minor 20 annis non potest liberè manumittere, sed tum demum, si concilio, vbi per vindictam manumittit, iustam suę manumissionis causam probabit, *D. qua manumiss. per vindict.* vbi per plures leges. Quæ sint autem ad hanc rem iustę causę, infra exempli gratia subiicit; & habes *in l. 9. cum aliquot seqq. d. tit. Pand.* Et hic rursus fauore libertatis scribit, semel causam probatam, siue vera sit, siue falsa, non debere retractari. Porrò in hoc 2. cap. emendatio iuris est, quam deinceps Iustinian. subiicit. Et hic quoq; obserua aliquot Iuris singulares theses.

§. 5. Quùm ergo certus, &c.

Iustiniano visum est absurdum, non posse ante vicesimum annum liberè manumittere, præsertim cū liceat 14 anno facere testamentum. Sed tamen aliquando apud eum valuit, quod libertas res magni præiudicii sit. Itaq; attribuit huic manumissioni annum 17. & mouit eum, quod hæc ætas idonea visa est ad postulandum, quod est officium Aduocati in Iure. Hic obserua nunc, in rebus valdè dubiis & perplexis, cū id sanè sine vitio & peccato liceat, tutissimū esse, eligere mediam quādam viam, argumento huius text. Deinde obserua, qua ætate possit quis postulare, eandem etiam ætatem attribui susceptioni officii IC. quod est de Iure respondere. *l. 1. D. de postulan.* nec omninò dissimile officio Iudicis, *l. quidā consulebat 57. D. de re iudic.* & suprà etiam simile propè tempus definierat procuratorio officio, extra iudicium. Alia tamen ætas Procuratori ad litem asscribitur; sed de hoc suo loco. Hîc obserua de hac ætate, quæ iam accedit ad plenam pubertatem, *vt infr. de adopt. §. minor natu.* In aliis nonnullis negotiis vt plurimum definitur ætas 25. ann. vt suo loco audiemus, quam ætatē & presbyterio præscripserunt, h. e. curę animarum. *c. cum in cunctis, §. inferiora. extr. de elect.* Apostol. tamen, ad hanc rem quod attinet, hoc solùm desiderat, ne sit νεόφυτος, nempè qui non sit ipse aliquatenus tritus in spiritualib. exercitiis, sine quibus nunquam satis intelligūtur sacra illa mysteria.

DE LEGE FVSIA CANINIA TOLLENDA.

TITVLVS VII.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in seruis testamento manumittendis, quam, quasi libertates impedientem, & quodammodo inuidam, tollendam esse censuimus, quùm satis fuerat inhumanum, viuos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare nisi alia causa impediat libertatem, morientibus autem huiusmodi licentiam adimere.

COMMENTARII.

FVit & alia lex de manumissionibus lata temporib. Augusti, ad minuẽdas sanè manumissiones, ne istis hominib. sordidioribus repleretur ciuitas, vide Suet. *in vita Augusti, c. 40.* nempè, quando homines morituri in testamẽtis solent esse liberaliores, certus numerus testamento manumittendorum fuit constitutus; de quo vide Caium & Vlpian. *in Inst.* Iul. Paul. *lib. 4. sententiar. tit. vlt.* Iustiniano hîc rursus aliud visum est, nempè, quòd fauorabiliores oporteat esse vltimas voluntates. Vnde hîc Accurs. notauit, quod valet, siue quod admittitur inter viuos, multò magis admittendum esse in vltima voluntate, nempè tamen, nisi aliud quid obstet, & nisi reperiatur dissimilitudo. Sed de eiusmodi argumentis videte Nicolaum Eberhardum *in Topicis.*

DE HIS QVI SVI VEL ALIENI IVR. SVNT.

TITVLVS VIII.

SEquitur de iure Personarum alia diuisio. Nam quædã personæ sui iuris sunt, quædam alieno iuri subiectæ. Rursus earum, quæ alieno iuri subiectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorũ. Videamus itaq; de his, quæ alieno iuri subiectæ sunt. Nam si cognouerimus, quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui iuris sunt. Ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

§. 2. In potestate itaq; dominorum sunt serui, quæ quidem potestas Iuris gentium est. Nam apud omnes peræquè gentes animaduertere possumus, dominis in seruos vitæ necisq; potestatem fuisse: & quodcunq; per seruum acquiritur, id domino acquiri. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in seruos suos supra modum sæuire. Nam ex constitutione diui Antonini, qui sine causa seruum suum occiderit, non minùs puniri iubetur, quàm si alienum seruum occiderit.

§. 3. Sed & maior asperitas dominorum eiusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam Præsidibus prouinciarum, de his seruis, qui ad ædem sacram, vel ad statuam Principum confugiunt, præcepit, vt si intolerabilis videatur sæuitia dominorũ, cogantur seruos suos bonis conditionibus vendere, vt pretium dominis daretur. & rectè: expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis malè vtatur. Cuius rescripti ad Ælium Martianum missi verba sunt hæc: *Dominorum quidem potestatem in seruos suos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed & dominorum interest, ne auxilium contra sæuitiam, vel famem, vel intolerabilem iniuriam denegetur iis, qui iustè deprecantur. Ideoq́, cognosci de querelis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad sacram statuam confugerunt, & si vel duriùs habitos, quàm æquum est, vel infami iniuria affectos esse cognoueris, venire iube, ita, vt in potestatem domini non reuertantur. Quòd si meæ constitutioni fraudẽ fecerit, sciat me hoc admissum aduersus se seueriùs exequuturum.*

COMMENTARII.

PRoponit aliam rursus & nouam personarum diuisionem, ex *Tit. Pandect. de his qui sui vel alieni iur. sunt. Homines*, inquit, *aut sunt sui iuris, aut alieno iuri subiecti.* Alieno autem iuri subiecti sunt, non modo qui sunt sub potestate dominica, de quibus hactenus; sed & liberi, qui sunt sub potestate parentum ex Iure nuptiarum, de quib. deinceps. Et nunc quidem hoc praesenti titulo iterum resumit conditionem seruorum, & effectum huius potestatis dominicae, q est praecipuè duplex. Et imprimis de primario effectu hic agit omnium durissimo, & mitigationem eius ex Iure recentiori & humaniori subiicit, vbi occurrunt quaedam notatu dignissima.

℣. Nam apud omnes, &c.] Primus hic est effectus, de quo postea. Nunc prius videamus verba de altero, de acquisitione rerum per seruos, & de hoc plenius alio loco *lib. 2.*

℣. Sed hoc tempore, &c.] Priori loco supra dixerat, dominis in seruos vitae & necis fuisse potestatem, hoc nemo rectius, quàm Tacitus de moribus Germaniae exposuit: *Verberare*, ait, *seruum, & vinculis & opere coercere; rarum occidere solent, non disciplina & seueritate, sed impetu & ira, vt inimicum, &c.* Et extat exemplũ apud Senec. de seruo quodã Collionis. Porrò hanc tyrannicã potestatem D. Antoninus Pius sustulit & emendauit, atq; potius in legitimã & tolerabilem herilẽ potestatẽ conuertit, idq; in casu quodam seruorum Iulii Sabini, qui ob immanẽ duritiem domini fugerant ad statuam Principis, veluti ad Asylum quoddam. Et cum de hoc ad Principẽ referretur, allegante domino suam potestatẽ & suum Ius, rescripsit ipse & mandauit, dominii quidem Ius valere debere, sed cogẽdum tamen hunc dominũ, vt eos seruos bonis conditionib. vendat; & addidit: *si ausus fuerit huic rescripto fraudem facere, se id seuerè executurum.* Ex quo rescripto ICti sentẽtiam colligunt, nempè, vtcunque dominus in seruos potestatem habeat, quae ei non debet adimi, nam seruos oportet subesse dominis; non debere tamẽ in eos saeuire dominum sine causa, non debere etiam supra modum saeuire: ita enim videntur haec accipi disiunctim. Et nunc de hac ἀτεχνία in seruos vide etiam Paulum Apost. *ad Ephes. 6.* Et huc etiam pertinet *tit. C. de emendatione seruorum lib. 10.* nempè emendatio conceditur, & omninò duriori disciplina oportet eos, quos natura subiecit, contineri, de quo multa Syracides: sed non oportet sine causa saeuire, vel etiam modum excedere. Sed rursus etsi haec naturę cõueniunt, tamen quod ad forum ciuile attinet, solet fieri, vt de modico, siue modica iniuria à domino in subiectum facta nõ curet praetor, de quo monet *l. item apud. 15. §. si quis, & maximè l. praetor edixit. 7. §. praeterea. Ibi, nec enim ferre. D. de iniuriis.*

Nunc ex hoc textu nota & obserua amplius, quod scribit, *Reipub interesse, ne quis re sua malè vtatur.* Item, *Dominorum in seruos potestatem illibatam esse oportere, nec licere cuiquã ius suum detrahere*, vt habet definitio Iustitiae supra, & tamen posse etiam dominum cogi à Superiorib. siue Magistratu, vt catenus iuri suo cedat, vt cogatur rem suam vendere, nimirum, vt alibi diximus, *minus praeceptum cedit maiori.* Et: *publica vtilitas trahit ad se priuatam.* Nota etiam hic Ius Asylorum & confugiẽdi ad statuas Principum, hodie ad sacras Ecclesias, vt ibi simus immunes & tuti aduersus saeuitiam duram & iniquam, aduersus iniuriam; de quo vide in Lege Domini *Num. 15. Deut. 25. Iosue 19.* in Legib. nostris *l. quis sit fugitiuus 17 §. apud Labeonem. D. de Aedilitio edicto. & tit. C. de his, qui ad statuas Principum confugiunt. Item tit. de his qui ad Ecclesiam confugiunt. & Nou. 17. c. 10. & 11.* & tit. Iuris Pontificii, *de immunit. Ecclesi. c. inter caetera. & c. vlt. & plurib.* Nicasiũ hic & D. Mynsing. & in iur. Sax. *lib. 2. art. 10.*

Nouissimè

Nouissimè quod scribit, *si fraudem fecerit, sciat seuerius se executurum*, nota primò: dupliciter in legem peccari, si contra eam fiat, & si fraus fiat legi, nimirum Lex constat verbis & sententia. Vide *l. contra legem 29. cum sequenti. D. de leg.* & non minus, imo etiam plus sæpè peccant, qui fraudulenter sententiam legis & mandati circumueniunt, quàm qui apertè contra legem faciunt. Porrò sententia legis rationem legis continet, ratio autem & anima, spiritus & vita legis. Et hinc sunt illæ tritæ sententiæ: *Vbi est ratio legis, ibi valere ipsam legem æquum est. Vbi cessat ratio legis, cesset & lex siue constitutio par est.* Cic. *in Topicis. & l. adigere. 6. §. quamuis D. de iure patronatus. l. milites aiunt. 13. § 1. D. de re militari. l. illud. 32. D. ad Leg. Aquil.* Et hoc summum ius, id est, calumniosa iuris interpretatio, summa iniuria est.

Iam secundò notetur, vim legis consistere in executione; executionem autem consistere in puniendo transgressores, & fouēdo bonos & obsequentes, argumento *l. 2. §. post originem D. de orig. iur & l. 1. D. de iust. & iur.* Et nota, quod aliqui hic tradunt de tribus legis partibus: Procemio, Cōstitutione & Sanctione, Dominus Hopperus.

Postremò ex doctrina huius §. Dd. etiam pulchrè statuunt, vt annotatum est ad gl. id, quod de emendatione dominorum in seruos hîc scribitur, rectè accommodari posse ad alios itidem, quos Deus & natura aliis eodem & nō dissimili modo subiecit, nempè, vt modum seruent in animaduertendo, & non sæuiant sine causa. Numerant parentes & liberos, præceptorem & discipulum, maritum & vxorem. De Parentum potestate paulò post.

Quod ad præceptores attinet, non modo reuerentiam, sed & subiectionem iudicant leges nostræ. Præceptorum sententias & opiniones non esse petulanter conuellendas, sed potiùs salua veritate temperandas, distinguendas, & quoquo modo explicandas, cùm eas probare non possimus, docent, vide *l. qualem autem. 19. §. dicere. D. de recept. arbit. l. 1. §. adipiscimur D. de acquir. poss. l. illud quoque. 40. D. de pet. hered. l. si cum except. 14. §. sed & si quis. D. de eo quod metus causa, &c. cum simil.* De subiectione, & quæ ad hanc rem, de qua nunc agimus, pertinent, significat lex, cum inquit: præceptoris nimia sæuitia culpæ annumeratur. *l. præceptoris. 6. D. ad l. Aquiliam.* Sed & pulchrè notauit ibi Glossographus, contra quoque nimiam præceptoris negligentiam culpæ annumerandam, *ex l. Diuus. in fin. D. de Offic præsidis.* De marito & vxore non puto hæc omnia superioribus esse similia ex veritate textuum, sed tamen mali mores malam peperere consuetudinem. Atque de iure mariti dicemus paulò post suo loco, de Nuptiis. Nouissimè transfert glos. hoc etiam ad Abbatem & Monachum. Et quis dubitat, rectè transferri posse ad Principem siue Magistratum & subditum? Vt omnes hoc teneant, ne sint negligentes in conseruatione disciplinæ eorum, sed tamen sine causa & supra modum non sæuiant.

DE PATRIA POTESTATE.

TITVLVS IX.



In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreauimus. Nuptiæ autem, siue matrimonium, est viri & mulieris coniunctio, indiuiduam vitæ consuetudinem continens.

§. 2. Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, pro-

prium est ciuium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

§.3. Qui igitur ex te & vxore tua nascitur, in tua potestate est. Item, qui ex filio tuo & vxore eius nascitur, id est, nepos tuus & neptis, æquè in tua sunt potestate, & pronepos, & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum.

COMMENTARII.

DIxit de iis, qui sunt sub potestate dominorum, & de potestate dominica; nunc ex ordine dicturus est de potestate parentum, siue potiùs de potestate patria.

Patriam vocat, quod hanc potestatem Ciuilem non habeant siue exerceant matres, vt audiemus. Equidem alius est locus de potestate hac, alius de honore, pietate, obedientia, reuerentia & veneratione, quæ debentur parentibus, quæ congruunt ad præceptum perpetuum Decalogi: *Honora patrē & matrē, &c.* de quibus vide *l. veluti 2. D. de iust. & iur. l. parentes. 6. D. de in ius vocando. l. 1. l. 9 & 10. D de obsequiis à lib. præstandis. l. si quis à liberis 5. D. de lib agnos.* Et omninò notandum quod *in l. furiosi 4. D de Curat. furiosi* scribitur: *Pietas parentib. etsi inæqualis est eorū potestas, æqua debetur.* His igitur in locis, & si qui sunt similes (& omninò iis quoq; adde locū in lege Mosaica *Num 30.* & frequentes commonefactiones Syracidis) habes ius naturale parentum in liberos, quibus sanè data est etiam emēdatio liberorum, siue ius emendationis, quam Deus quoq; seuerè admodum iis mandauit. Vide *1. Samuel. c 2 & 3.* de historia Heli Sacerdotis, & vide *tit. C. de emendatione propinquorum.* Verùm quoad Ciuilem hanc potestatem, de qua nunc agimus, tria potissimum requiruntur. Vnde sit hæc potestas? Qui & sub quorum parentum sint potestate? Et, quis & quotuplex sit huius potestatis effectus? De quibus deinceps dicemus agentes etiam alias iuris mutationes.

Quoad originem & ad causam: *In potestate*, inquit, *nostra sunt, quos ex iustis nuptiis procreauimus*, & postea inquit, hanc potestatem ex iure Ciuili esse, & nullos alios populos talem in liberos habere potestatem. Ergò causa efficiens constitutio Ciuilis populi Romani; & causa quædam vel instrumentalis, vel sine qua non, iustæ nuptiæ, quibus tamen etiam postea adiungit legitimationē & adoptionē.

Iam, qui sint in potestate, tribus potissimū declarat enuntiationib. quarū altera declarat alteram. Prima: *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreauimus, siue qui ex nobis & vxore nostra nati sunt* Secundò: *Sed & qui ex filiis nepotibusuè, &c. nostris*, quos in potestate habemus, *& vxore* eorum nascuntur, nostra sunt in potestate. *§. itē quod infr. eod.* & hoc rursus ex *§. finali. infr. tit. 12.* sic intelligendum est, vt hic, id est, in ea re æstimanda tempus conceptionis omninò aspiciamus, siue cōsideremus. Tertiò. *Ex filia tamen nostra, etsi in potestate sit, eiusq; marito qui nascuntur, in nostram potestatem non veniunt*; quoniam sequuntur patrem & non matrem *infra §. finali.*

Atq; ex his notabis nunc ista. Primò, neminem in duorum esse potestate, puta aui & patris; sed magis ita fit, vt liberatus ab aui potestate recidat in potestatē patris, de quo *infra tit. 12* Secundò nota, eū, qui ipse in potestate est, in potestate habere nō posse. *l. sic eueniet 21. D. ad l. Iuliam, de adult.* Tertiò obserua, hoc iure matrimoniū à patria potestate non liberare. Et quartò deniq; nota, eos, qui nascuntur, patrē siue patris familiā, nō matrem sequi, de quo vide *l. pronuncio 195. §. finali. cum l sequenti. D. de verb. sign* Nota etiā eum, qui in potestate est, filiumfam. dici, & contra: qui in potestate nō est, sed sui iuris est, patremfam. *l. Nam ciuiū 4. D. de his qui sui vel alien iur sunt. & d. l. pronunc.* Iam quod ad vim & effectum attinet, potissimum consistit hoc totum in iure emendationis & acquisitionis, vt supra

dictum

dictum eſt de ſeruis, licet filiifamilias ſerui non ſint, ſed omninò inter ciues Roman. Sed quo ad partem illam de emendatione, durior illa fuit, & potiſſimum reuocata ad ius & ad æquitatem naturæ, de quo poſt. *ex legib poſterioríb.* Nunc priùs videbimus de iure antiquo, quod ſanè venit ex lege Romulia, qui dicitur legem tuliſſe, vt parentum in liberos omne ius eſſet relegandi, vendendi, occidendi, &c. nempè haberent ius vitæ & necis, vt ſupra diximus de ſeruis, & de hoc teſtatur 12. *tabula*, item *l in ſuis. D de lib. & poſth & l ſi C. de patria poteſtate.* Hoc autem inde veniſſe puto, quod iudicarint veteres illi prudentes, patremfam ſuæ familiæ & ſuæ domus caput & veluti Principem eſſe oportere, ad eumque pertinere delictorum etiam & criminum à ſuis commiſſorum vindicationem: quo modo Ariſtoteles etiam ſcripſit 1. *Polit. 1.* & rurſus 3. *Polit. cap. 11. ſuam cuiuſq; domum quandam eſſe paruuli regni effigiem.* Item Lex noſtra alibi dixit: *Non eſt neceſſum in eū litigare, in quē quid ꝓ ſuo iure ſtatuere licet. l. ſerui & filii 17. D. de furt.* Sed cum hac ipſa poteſtate poſtea quidam ἄϛοργοι inciperent abuti, vt & extat horribilis hiſtoria de Virginio, qui propriam filiam in ipſo iudicio necauit; de quo vide *in l. 2 §. initium fuiſſe. D. de orig. iur.* videntur hanc ſummam poteſtatē abhorreſcere & mutare cœpiſſe; nimirum, ius occidendi non ampliùs obtinet. Et dicitur diuum Adrianum eum, qui filium ſuū in venatione necauerat, quod nouercam ſuam adulterârat, in Inſulam deportaſſe *l. diuus Adrianus 5. D. ad l. Pompeiam de Parricid.* Et huc pertinet *tit. Cod. de his qui parentes vel lib. occiderunt. lib. 9.* pertinet etiam *l inauditum 2. D. ad l. Corn. de ſicar. cum ſimil.* Ex quibus oſtenditur, filium, ſi quid dignum morte commiſerit, Iudicis notioni tradendū. Vendendi quoq; & relegandi ius ex Conſtit. Imperatorum parentes ampliùs non habent. *C. de patrib. qui filios ſuos diſtraxerunt, vbi in l 1. item in l fin. C. de patria poteſtate.* Excipitur tamen hic caſus, ſi ſumma famis neceſſitas cò adigat; vbi tamen datur quoq; ius redimendi vel repetendi, vide *d. tit. de patrib. qui filios diſtrax lib. 2.* Eo igitur paulatim & ſenſim deuentū eſt, vt pater pro ſua auctoritate ius quidem domeſticæ emendationis retineat, ſed iubeatur modum ſeruare, & non ſæuire ſine cauſa, vt ſupra *tit. praeced.* diximus. Et de hoc idem Adrianus *in eadem l 5.* pulchrè ſcripſit: *Patria inquit poteſtas in pietate nō in atrocitate debet conſiſtere.* Et D. Traianus eū, qui filium malè contra pietatē afficiebat, coëgit emancipare, *l. vlt. D. ſi quis à parente manumiſſ fuerit.* Et vtcunq; ſubtili quodam iure inter patrem & filium non eſt actio, tamen non denegatur liberis remedium in patrem ſiue parentem nimis durū, & iniquum ſiue immanem. Vide *l. congruentius 4. C. de patria poteſtate.* vbi & is proceſſus docetur, ꝙ congruentius fiat, ſi controuerſiæ inter liberos & parentes, domi cōponantur; hoc ſi fieri nequeat, ad iudiciū prouocetur. Sed tamen videtur & is textus de iis, qui in poteſtate non ſunt, l. qui. Porrò de hac emendatione patris vide etiam *titul. C de emēdat. propinquorum lib. 9.* Et pulchrè admodum *in l. ſi filius 3. C. de patria poteſtat.* ſcribitur: *Filium, ſi pietatem patri debitam non agnoſcit, caſtigare iure patria poteſtatis non prohiberis, acriore remedio vſurus, ſi in pari contumacia perſeuerauerit, eumq; præſidi prouinciæ oblaturus, dicturo ſententiam, quam tu quoq; dici volueris.* Vide de hoc poſtremò verbo etiam *in l. milites aiunt 13 § finali. D. de re militari.*

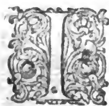
Equidem lege Moſaica, ſi quis parētes verberare auſus fuiſſet, aut etiam iis maledixiſſet, morte mulctabatur. *Exod. 21.* Noſtro iure in parricidas omniū ſeueriſſima eſt pœna, de quo alibi. Sed & aliter malè meritos liberos, in quibus nunc fortè non admodum feliciter vſurpari poteſt caſtigatio & emendatio puerilis, ipſi parentes mulctare poſſunt, nimirum exheredatione, de qua ſuo loco. Vſurpabatur olim etiam abdicatio, ſed hæc ſublata eſt, *l. abdicatio 6. C. de patria poteſtate.*

Iam ad alteram partem, quam diximus cōſiſtere in acquirendo. Sed potiùs tamen hic fontem aſpiciamus, ex quo & hoc & alia etiā nonnul-

nonnulla, quæ Accursius colligit, consequi videtur. Sic igitur dicere soleo, inter patremfam. & filios filiasuefam. placuit talem esse colligationem & conglutinationem, vt vna videatur esse persona, vna & eadem vox patris & filii, ita tamen vt caput sit ipse paterfamilias, à quo reliqui omnes in ea familia, ipsique filiifam. toti dependeant. Huc pertinet *§. ei vero: infra de inutil.lib. stipul. item l. finalis C. de subst.* Et ideo ex huius, nempè patrisfamilias, iussu dependent isti in contrahendis negotiis, veluti matrimoniis, votis, &c. Hinc contrahendo stipulandoque acquirunt. Ipsi pro se nihil possident, vnde nec testamentum cōdere possunt, vt *infra tit. proximo & infra lib. 2. tit. 9. & rursus tit. 12.* Amplius, cum hoc ipsi in iudicio versari, nec cū hoc agere possunt, vnde dicitur: Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus. *l. lis nulla. 4. D. de iudiciis.* Hinc morienti succedunt ipsi non aliter ac si sibi ipsis succederēt, & in propria bona venirent; vnde & sui heredes dicuntur, *infra lib. 2. tit. 19.* Denique in huius dominio etiam esse dicuntur, vt ipsorum nomine actiones in rem, itē furti patrifam competant. *infra lib. 4. tit. 1. de furt. §. interdum etiam. Item l. 1. D. de rei vind.* Et ad extremum, quod etiam ad effectum pertinet, ita est hæc potestas comparata, vt per emancipationem tota dissoluatur, vt fiant deinceps liberi parentibus quasi extranei, manentibus tamen naturalibus vinculis & iuribus, de quibus supra; & de hoc infra *eod lib. tit. 12.* Huc vsque igitur de patria potestate.

DE NVPTIIS.

TITVLVS X.



IVstas autem nuptias inter se ciues Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt: masculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes, siue patresfamiliarum sint, siue filiifamiliarum; dum tamen, si filiifamiliarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, & ciuilis, & naturalis ratio suadet, in tantum, vt iussus parentis præcedere debeat.

§. 2. Vnde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius vxorem ducere possit? Quumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est, ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interuentu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

§ 3. Ergo non omnes nobis vxores ducere licet. Nam à quarundam nuptiis abstinendum est. Inter eas enim personas, quæ parentum, liberorumue locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt, veluti inter patrem & filiam, vel auum & neptem, vel matrem & filium, vel auiam & nepotem, & vsque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur.

§. 4. Et hæc adeò vera sunt, vt quamuis per adoptionem parentum, liberorumue

ſtrumue loco ſibi eſſe cœperint, non poſſint inter ſe matrimonio iungi in tantum, vt etiam disſoluta adoptione idem iuris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia, vel neptis eſſe cœperit, non poteris vxorem ducere, quamuis eam emancipaueris.

§.5. Inter eas quoque perſonas, quæ ex transuerſo gradu cognationis iunguntur, eſt quædam ſimilis obſeruatio, ſed non tanta. Sanè enim inter fratrem ſororemque Nuptiæ prohibitæ ſunt, ſiue ab eodem patre, eademq; matre nati fuerint, ſiue ab altero eorum.

§.6. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe cœperit, quamdiu quidem conſtat adoptio, ſanè inter te & eam nuptiæ conſiſtere non poſſunt. Quùm verò per emancipationem adoptio ſit diſſoluta, poteris eam vxorem ducere. Sed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento Nuptiis. Et ideo cõſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuam emancipare, & ſi quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium ſuum emancipare.

§.7. Fratris verò, vel ſororis filiam vxorem ducere non licet, ſed nec neptem fratris, vel ſororis quis ducere poteſt, quamuis quarto gradu ſint. Cuius enim filiam vxorem ducere non licet, neque eius neptem permittitur.

§.8. Eius verò mulieris, quam pater tuus adoptauit, filiam non videris impediri vxorem ducere, quia neque naturali, neque ciuili iure tibi coniungitur.

§.9. Duorum autem fratrum, vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis, coniungi poſſunt. Item amitam, licet adoptiuam, ducere vxorem non licet. Item nec materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum eſt, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi vxorem ducere.

§.10. Affinitatis quoque veneratione à quarundam Nuptiis abſtinere neceſſe eſt, vt ecce priuignam, aut nurum vxorem ducere non licet, quia vtræq; filiæ loco ſunt. Quod ita, ſcilicet, accipi debet, ſi fuit nurus, aut priuigna tua. Nam ſi adhuc nurus tua eſt, i.e. ſi adhuc nupta eſt filio tuo, alia ratione vxorem eam ducere non poteris; quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc priuigna tua eſt, id eſt, ſi mater eius tibi nupta eſt, ideo eam vxorem ducere non poteris; quia duas vxores eodem tempore habere non licet.

§.11. Socrum quoque, & nouercam prohibitum eſt vxorem ducere, quia matris loco ſunt. Quod & ipſum diſſoluta demũ affinitate procedit, alioquin ſi adhuc nouerca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi iure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia eius tibi nupta eſt, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas vxores habere non potes.

§. 12. Mariti tamen filius ex alia vxore,& vxoris filia ex alio marito, vel contrà, matrimonium rectè contrahunt, licet habeant fratrem, sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

§.13. Si vxor tua post diuortium ex alio filiam procreauerit, hęc non est quidem priuigna tua, sed Iulianus ab huiusmodi nuptiis abstineri debere ait. Nā constat nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam nouercam esse; rectius tamen, & iure facturos eos, qui ab huiusmodi Nuptiis abstinuerint.

§. 14. Illud certum est, seruiles quoque cognationes impedimento Nuptiis esse, si fortè pater & filia, aut frater & soror manumissi fuerint.

§.15. Sunt & aliæ personæ, quæ propter diuersas rationes Nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum, seu Pandectarum ex iure vetere collectarum enumerari permisimus.

§.16. Si aduersus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec vxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaq; ii, qui ex eo coitu nascūtur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgò concepit. Nam nec ii patrem habere intelliguntur, quum & iis pater incertus sit: vnde solēt spurii appellari παρὰ τὴν σποράν, & ἀπάτορες, quasi sine patre filii. Sequitur ergò, vt dissoluto tali coitu, nec dotis nec donationis exactioni locus sit. Qui autē prohibitas Nuptias contrahūt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris cōstitutionibus continentur.

§.17. Aliquando autem euenit, vt liberi, qui statim, vt nati sunt, in potestate parentū non sunt, postea redigantur in potestatē patris, qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subiicitur; necnon is, qui à muliere libera procreatus, cuius matrimoniū minimè legib. interdictum fuerat, sed ad q̄ pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra cōstitutione dotalib. instrumentis cōpositis, in potestate patris efficit̄. Quod & aliis liberis, q ex eodē matrimonio postea fuerint ꝓcreati, similiter nostra constitutio præbuit.

COMMENTARII.

De Nuptiis docet hoc tit. & loco, quod ex iis oriatur præcipuè ius patriæ potestatis, *vt supra tit. præced.* Et hæc est continuatio, siue consequentiæ ratio & methodus.

Porrò titulus & inscriptio apud nonnullos sic habet: *De iustis nuptiis*, & hæ consistunt in iure connubeorum, quas antiquitates Caius *in Instit.* & alii nonnulli plenius persequuntur; nos ista propter rationem temporis omittimus, & potissimum hunc titulum & tractatum accommodabimus ad tempora nostra, dicturi de rebus maximis & præcipuè necessariis, idq; certo quodam ordine, quo magis ista percipi & teneri possint. Et imprimis breuiter de definitione nostra, quā paucis verbis excutiemus, adductis verarum rerum veris fontib. post resumemus capita & locos istos communes diligentius.

Principio autē de nomine, siue de definitione nominis. *Nuptiæ* dicuntur à nubēdo, quod significat velare, obtegere, quia noua nupta velata adducebatur, & vide de his solemnib. vetustiorib. præsertim Catullum Poëtam. Itē *in c. fœmina, cum seq. 30. q. 5* vbi citatur exemplum

plum Rebeccæ *ex Gen.c.24*. Et dicuntur maximè Nuptiæ de solemnibus istis nuptialib. Dicitur autem eodem etiam significatu *Matrimonium* à matris nomine, non quidem iam adepto, vt inquit Agell. sed cum spe & omine mox adipiscendo, vide Agell. *lib.18.c 6. Item c. ex literis.extr.de conuersione infidelium.* Dicitur & *Coniugiũ* à coniunctione. Item *Connubium, Consortium*, de quibus omnibus prolixè & explicatè me dicere, meæ istius professionis ratio propter breuitatem temporis nõ patitur.

Nunc de definitione rei. *Nuptiæ*, inquit Imperator tit. præced. *siue matrimonium est viri & mulieris coniunctio, indiuiduam vitæ consuetudinem continens.* Iurisconsultus *in l. 1. D de ritu nupt.* sic definit, eodem tamen planè sensu: *Nuptiæ sunt coniunctio maris & fœminæ, consortium omnis vitæ, diuini & humani iuris cõmunicatio.* Principio inquit loco generis *coniunctio*, & potest id referri ad causam efficientem proximam. Fateor posse etiam quodammodo referri ad causam finalem; sed de his videbimus postea. Nunc redeo ad causam efficientem. In hac enim nõ minima pars veræ explicationis fontium consistit. Etsi verò non omnis afficit in his etiam rebus pietas; & cęteris in rebus pietatem colẽdam (vt ille dicebat) putent, non in istis nostri iuris traditionibus, tamẽ ego non sine iusta causa aliter sentio, & non moueor, si talia tractanti non admodum omnes auditores adstipulentur. Sanè accusabat olim nostros vir quidã magnus & doctus, quod apud eos in docendo omnia viderentur saltem actus simulati, imò Cicero putabat ad Iurisconsultum etiam pertinere, de filia collocanda, de ducenda vxore scire respõdere. Ergò quoad causam efficientem, hęc materia pręcipuè talis est, vt in ea de causa prima siue primaria etiam dicendum sit. Dicemus igitur, præcipuè Deum coniungere eos, qui in matrimonium conueniunt; quod ostendunt pariter & creationis humani generis, & institutionis itidem Coniugii conditiones. De creatione enim dicitur: *Fecit Deus hominẽ; & masculum & fœminam fecit eos;* quasi dicat, ita creatus est homo, vt masculus & fœmina vnus esset integer homo. Et huc quidem etiam referri solet illud Malachiæ 2. *An nõ vnum fecit Deus?* Itẽ, *hæc:* id est, vxor, *est particeps tua*, vt est in vulgata editione. Et notũ est, ex costa, ex massa quadã, & ex latere viri factam esse fœminã, de quibus vide *Gen.c. 1. & 2. item Matth 19.* & obserua, quod ipse Christus ibi inquit: *quos Deus coniunxit, homo ne separet.* Sed & Sapiens inquit: Prouerb.19. *Domus & diuitiæ dantur à parentib. à Domino autem propriè vxor prudens.* Vides igitur vxorẽ eligi & dari à Deo, sed tamen nõ ait Deus hic, per raptum & per vim. Verùm causa secundaria est consensus, hoc est, animi affectio & amor coniugalis, per quem Deus agit; & eum amorem & eam affectionem significari hic ait Accurs. & sæpè dicitur: *Consensus facit matrimoniũ.* de quo suo loco plura monebimus. Porrò verò ideo tamen hic consensus adhibetur, siue ad hoc, vt iam tum etiam coniungantur, siue copulentur istæ personæ re ipsa & corpore, idq; ad finem potissimum procreationis, & sic dicitur in eadẽ institutione, *crescite & multiplicamini.* Et hæc ad causam finalem pertinent, de qua iterum postea.

Nunc ampliùs de definitione nostra. *Est coniunctio*, inquit, *viri & mulieris*, quod apparet intelligendum, prout loquitur, singulariter, vnius viri & mulieris, quo modo dicitur, citando etiã id Christo: *erunt duo in carne vna*, vt sic non liceat plures simul habere cõiuges, sed & de hoc rursus postea in istis locis communib. Addit nũc in definitione: *indiuiduam vitæ consuetudinẽ continens.* quib. verbis ostendit imprimis inter maritum & vxorẽ societatem quãdam esse perpetuam & indiuiduam, quæ dissolui nullo modo, nec etiam contraria voluntate aut renũciatione possit Sic igitur inquit Christus præd. c. Matth. *Quos Deus coniunxit, homo non separet.* Item: *Qui dimiserit vxorẽ suam & aliam duxerit, mœchatur, & qui dimissã duxerit, mœchatur*, & D. Paul ad Cor. *vxor à viro nõ separetur.* Sed de diuortio postea. Deinde verò iisdẽ illis verbis ostenditur,

cuiusnam rei & qualis hęc societas inter coniuges, nempè totius vitæ, id est, omniū omniaò rerum, honorum, dignitatum, domus & domicilii, fortunarum omnium. Imò Paulus Apostolus docet, neq; maritum neq; vxorem corporis amplius sui habere potestatem. Porrò plenius videtur commonefacere Modestinus *in d.l.1.* cum inquit, *consortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio.* Quod inquit, *diuini Iuris*, intelligit iura sacrorum apud Roman. quasi vxor recipiatur in sacra & in religionem sui mariti, vt sic habeāt eadem sacra, eandem religionem. De hoc, vt illud hîc addam, in Christianismo nihil admodum expressum est, sed tamē quàm sit periculosum, misceri connubia inter eos, qui in religione, in ipsa doctrina, doctrinæq; fundamentis dissentiunt, ex quo alter alterū ad idololatriam seducere potest, nemo melius nouit, q̃ Deus ipse, cui soli nostrarum virium imbecillitas perspectissima est. Prohibuit igitur ipse olim, ne matrimonia miscerent Israëlitæ cum alienigenis, *Exod. 34. Deut. 7.* & Paulus Apostolus prohibet, ne iugum ducamus cum infidelib. *2. Corinth. 6.* Sanè tamen, ne Christiani cum Iudæis se misceant, constitutum est, *l. ne quis Christianam 5. C. de Iud.* & vide de hoc *28. q. 1. vbi in c. Iudæi, &c.* Sed eò, vnde digressus sum, reuertor. His igitur verbis veluti formam quandam societatis perpetuæ inter coniuges indicāt, nempè vxor socia vitæ est, & quidem totius vitę, subdita quidem marito, sed tamē nō admodum hærilis imperii, vt sit quasi serua, sed socia est, vt tamen maritus sit caput. Et Paulus docet, maritum vxorem suam tutari, fouere & diligere debere; de quibus ipse pulcherrimè in Epistolis, *ad Ephes. c. 5. ad Colos. ad Timoth. ad Titum.* Item Petrus Apostolus. Sed & de talibus postea in alio loco communi. Et hæc de definitionibus nostris.

Nunc tamen ex doctrina Ecclesiarū Christianarum addendæ sunt matrimonii causæ finales, vt deinde additis præcipuis causis finalibus aliqua plenior etiam definitio breuiter rem omnem complectens tradatur. Finis itaque coniugii siue matrimonii præcipuus & præcipuè generalis indicatur *citato c. 1. Gen.* nempè, vt ita legitimè propagetur genus humanum. Alium finem etiam addit Paulus *ad Corinth.* cum inquit: *Vitandæ fornicationis causa vnusquisque suam habeat vxorem.* Porrò, quod de procreatione dicitur, id duos rursus continere videtur alios fines, & notum est, posse vnius rei plures esse fines subordinatos. Primus est, vt hoc modo castè propagato genere humano inde æterna colligatur Ecclesia Deo. Alter esse potest, vt itidem ita extra Ecclesiam etiam ex genere humano varia auxilia commodaque huius caducæ & humanæ vitæ Deus suppeditet. Licebit itaque integrè sic describere: *Matrimonium est viri & mulieris, nempè vnius, legitima coniunctio & copulatio, indiuiduam vitæ consuetudinem continens, instituta diuinitùs ad vitandas vagas libidines & ad castam propagationem, vt ex genere humano castè propagato Deus æternam Ecclesiam sibi colligat, & huius itidem vitæ auxilia & commoda conseruet.* Et hi quidem fines præcipuè sunt constituti, qui ideo definitioni adduntur. Est tamen & alius in matrimonio vsus & significatio, quod prætereundum non est, nempè, vult Deus hoc modo nos scire, esse ipsum mentem castam & segregari ab impuris Spiritibus & Diabolis. Tum etiam scimus, in verbo sacro diuinitùs nobis reuelato edoceri de arctissimo vinculo amoris Christi in Ecclesiam; cum tanta sit Ecclesiæ cum Christo coniunctio, vt dicamur membra corporis eiusdem, ex carne eius & ex ossibus eius, quod sanè mysterium magnum est, & humanæ rationi imperuestigabile. Et non modo hoc, sed omninò etiam verus Dei cultus casto amori coniugali, & econtra summa & omniū grauissima peccata in Deum ipsum, in primā tabulam, nempè idololatria omnis generis scortationi & adulterio, maximo crimini in coniugiū & in matrimonium ipsum, cōparatur, *vt Ezech. c. 16 cum simil.* & omninò plurima admodū in scriptura, cum agit de cōiunctione, quæ est inter nos & Deum,

Deum, de matrimoniorum natura sumpta sunt. Vt igitur has tantas res quoquo modo meliùs percipere possimus, oportuit extare castum coniugium; & vult Deus diligenter nos aspicere casti coniugii rationes & conditiones, tanquam typum quendam Ecclesiæ Dei, nostræ cum Deo & cum Christo cõiunctionis, ipsiusq; in nos amoris. Inter cætera multa, quòd nos filii Dei sumus, ille pater noster, quod Christi fratres & sorores dicimur. Hæ omnes appellationes ex matrimonii natura & ratione veniunt. Et hæc omnia verè cõsolantur & afficiũt pios in statu isto suo coniugali, qui alioquin plenus est miseriarum & calamitatum, quibus permoti homines ethnici & prophani, & impuri canes, quammulta petulanter scribunt contra hunc ordinem & creaturam Dei, cõtra miserrimum sexum fœminarum! Verum est, rectè & bene fieri, si ducturi vxores diligenter præmoneantur de variis calamitatib. (& ipse Apostol. ait, afflictionem tales habituros) in quas incidere possunt, non vt maledicatur ordini diuinitùs instituto, & sexui, & omnino absterreãtur homines à cõiugio, sed potiùs doceatur, quomodo possit salutariter iniri matrimoniũ, & quæ in deligẽda vxore, & in eo sexu, sint expetẽda & fugiẽda, ne sanè spontè etiam nos ipsos coniiciamus in varia pericula. Et hoc diligenter fecit Syracides, quem vide præsertim c.25. & 26. vide etiam Salomonem in Prouerb. c. vlt. Sanè idem Syracides docet, *mulierem bonam Dei donum præclarum & amplissimum esse, & dari piis.* Econtra, mulierem malam (quæ, vt inquit Plautus, *malo mactant viros*) omnium grauissimum esse tormentum, singulari Dei iudicio improbis destinatum, qui propterea etiam in suo coniugio illos dulcissimos fructus, de quibus suprà, verè non percipiunt. Et rursus Syracides: *bona mulieris, piæ & prudentis matrimonium beatum vocat*, non potentis, diuitis, formosæ, vbi sæpius inuenias *splendidam illam*, vt vocant, *miseriam*. Enimuero & Aristoteles homo ethnicus ait lib. 1. Rhet. *Quibus bona non sunt mulieres, eos media parte felicitatis priuari.* Ergo ideo, quod ad deligendum attinet, quæ potissimùm in deligendo spectanda censeamus, is, qui veram felicitatem in matrimonio quærit, intelligi potest. Et omninò hic etiam inter præcipua præcepta collocetur & illud: *Si vis nubere, nube pari.* Notum est illud in similibus: *Intolerabilius nihil est, quàm fœmina diues.* Atqui intelligantur ista omnia ratione, siue ad rationem status tui. Sed & hoc non est negligendum, vt quærat futuram coniugem legitimè & ordine diuinitùs instituto.

Porrò deinceps excutiendus est nobis locus de diuisione Nuptiarum. Et sanè Nuptiæ variè diuiduntur in iustas & iniustas; sed dicendum nobis potissimùm est de iustis nuptiis, ex quibus sua spontè intelliguntur iniustæ. Nunc autem potissimùm diuidemus hunc locum in præparatoria Nuptiarum, & ipsas Nuptias siue matrimonium. Præparatoria verò vocamus Sponsalia; quæ cùm examinauerimus per omnia capita, tunc videbimus iuxta definitionem præcipuos eorum locos & capita: imprimis, quomodo igitur contrahantur iustæ & legitimæ nuptiæ? vbi primum de causa illa efficienti, de consensu, & quis & qualis etiam is esse debeat? de consensu itidem parentum, &c. de cæteris coniunctis & adiunctis, vt de dotibus & instrumentis nuptialibus, deductione, & omninò de forma ducendæ vxoris; tum de varia qualitate contrahentium, de cognatis & affinibus, & de gradibus & prohibitione ex hoc; item de dispensatione in gradibus, de aliis etiam personis prohibitis; vbi etiam de Polygamia; item de effectu matrimonii, circa dominia, circa liberos, circa ius in vxorem. Denique de contrariis, de diuortio & eius causis; item de pœnis illegitimarum Nuptiarum, &c. & vnumquodque caput, prout necessitas desiderabit, in sua vera distinguemus membra, donec ad finem legitimum peruenerimus,

nerimus, post dicturi de textu. Et nunc in initio, quando supra aliquatenus etiam vidimus, qualis potissimum sit deligenda vxor, de Sponsalibus videamus, per quæ futuræ coniuges deliguntur, vbi tractabimus hæc præcipua capita: Quid sint Sponsalia? quotuplicia sint? quis possit ea contrahere? quando & quàm variè contrahantur? quis eorum effectus? vbi de renunciatione & aliis. Et imprimis de toto hoc genere præmonendum censeo, Sponsalia fieri debere in iustitia & in iudicio, argumento *cap. 2. in Osea Propheta*, vt sumatur argumentum à significatione ad rem, de quo supra monui: *Sponsabo*, inquit Deus, *te mihi in iustitia & in iudicio*. Et nunc imprimis de Iure Ciuili antiquo & puriori. *Sponsalia* definiunt veteres *vt mentionem & repromissionem futurarum nuptiarum*. Ita Florentinus *in l. sponsalia 1. D. de sponsalib.* quod Vlpianus deinceps exponit, *ita*, inquit, *moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi nuptias futuras*. Et sic Sponsalia dicta sunt à spondendo *l. sponsaliter 2. D. de sponsalib.* Et idem Vlpianus *in l. si puella. 6.* pulchrè dixit *Sponsalia spem nuptiarum*. Istum autem veterum stipulandi sibi vxores morem, vnde etiam actio ex sponso locum habuit, pluribus persequitur Agellius *lib. 4. c. 4.*

Porrò hinc venit in vsum appellatio sponsi & sponsæ: sic enim post illas sponsationes dicebantur *l. 3. D. d. tit.* Etsi autem olim ita Sponsalia per stipulationem saltem fiebant: post tamen placuit, vt nudo saltem consensu, nempè, de fiducia coniugali illa perficerentur. *l. sufficit 4 D. d. tit.* Itaque hodie iste contractus Sponsaliorum nudo & solo consensu absoluitur.

Porrò quod ad qualitatem personarum attinet, siue ad ætatem contrahentium, sciendum est, in hac re ætatem definitam non esse, vt in nuptiis. Sed & à primaria ætate Sponsalia hæc effici possunt, si modo id etiã fieri ab vtraque parte intelligatur, hoc est, si non sint minores septem annis. *l. in sponsalib. 14. D. d. tit.* vt quando nudo consensu contrahuntur, non modo per se & coram, sed & per nuncium, per epistolam contrahi possunt; & absens absenti desponsari potest; si quidem id, quod factum est, ratum habuerit, *l. 4. 5. & vlt. D. d. tit.* Contrahuntur autem & purè, & addita aliqua conditione, sub qua suspendantur, nempè, ad euentum conditionis, de quo admonet *d. l. vlt.* Quod si autem in potestate sunt ii, de quibus quæritur, sponsalia demum ritè contrahuntur, adhibito etiam consensu parentum. Sed de consensu parentum postea, nunc de effectu.

Sponsaliorum quidem contractum & repromissionem firmam esse oportet; sed tum, quando erant tantum repromissio futuratũ nuptiarum, siq; alia incidebant impedimenta, ab iis poterat discedi; quod indicat & docet prædictus ille locus Agellii. item *l. si puella. 6. l. in potestate 10. D. d. tit.* Et quod ad Ius Codicis attinet, videtur liberius ob pœnitẽtiam recedere licuisse; & constitutum quidem est, vt si datæ essent arrhæ sponsalitiæ, puta annulus, quæ sunt veluti argumentum contracti negotii. Per eum autem, qui dedit arrhas, stat, quo minus id negotium peragatur, eas amittit, sin per eum, qui recepit, duplum restituere cogitur, vide *l. 1. l. arrhis 3. & l. vlt. C. de sponsalib.* & præsertim, quæ *in d. l. vlt.* notantur, vide etiam *l. si quis officium 38. D. de ritu nupt.* Porrò & de donationibus, quæ facit sponsus sponsæ, & è conuerso, reperimus constitutum, vt his sit tacita conditio, si nuptiæ consequãtur; & si per donatorem, eiusve parẽtes matrimonium impediatur, res donata apud donatarium permaneat: sin per donatarium, & eius parentes, restituatur, vide *l. 1 D. de donat. l. cum veterum 15. cum l. seq. C. de donat. ante nuptias.* vbi etiam hoc additur: si è sponsis alteruter mortuus dicatur, puta Sponsus, quod is sponsæ sine osculo donauit, vniuersum repetit, quod verò cum osculo, dimidia saltem ex parte; Sponsa rarius donat, & semper repetit, *d. l. 16.*

Nota

Nota in ea lege obseruantiam illam in amore castæ pudicitiæ. Et hæc de reuocatione, vbi aliud etiam addendum. Si quis cum puella Sponsalia contraxit, non pactus cum ista, vt fierent ad certum aliquod tempus, is eam, si quidem in eadem Prouincia degit, intra biennium ducet: sin peregrè, intra triennium. Si vero post etiam in mora est, poterit puella alteri nubere, nisi tamen alia & necessaria causa cogat diutius etiam expectare sponsum, vt sic retrahantur vlterius spõsalia, vbi numeratur valetudo sponsæ & sponsi, item mortes parentum, *l. si is qui 2 C. de sponsal. l. liberum est 2 C. de repud. & l. sæpè iusta 17. D. de sponsal.* Nunc ad effectum hæc etiam addatur de eo, qui bina cõtrahit Sponsalia, aut quæ alteri despõsata alteri nubit, infamia notatur ex Iure Ciuili, quemadmodũ is, qui binas contraxisset nuptias. Sed tamen, qui priori repudium remisisset, aut spõsalib. ritè renunciasset, videlicet conditione tua non vtar, non videbatur duas habere sponsas aut vxores, vt fieret infamis, *l. 1. l. quid ergo 13. D. de his qui not. infam l. 1. C. de sponsalib l. diuortium 2. D. de diuortiis & repud.* Et hæc quidem de Sponsalibus & sponsaliorum Iure, ex Iure Ciuili & puriore Antiquitate.

Cæterùm Sponsalia quidem *mentionem* saltem dixerunt *futurarum nuptiarum*, & vtrunque non placuit in re tanta, vanitas, futilitas & mẽdacium rumpens facta. Tamen ob causas recedere à sponsalibus posse visum est, nempè, notum est, & sæpè etiam rescriptum, *coacta matrimonia tristissimos adeoque Reipubl. funestissimos habere exitus.* Ideoque sanè cum nondum est contractum matrimonium, sed de eo contrahendo agitur, si causæ incidant, ob quas perpetua odia, rixæ, pugnæ, dissidia, adeoque domestica quædam latrocinia metuenda sint, placuit, posse fieri discessionem. Iisdem veteribus nuptias etiam non facit concubitus, sed solus consensus, nempè, præsentis matrimonii, vbi iam ducitur & accipitur vxor. Sic extat *in l. nuptias 30. D. de regul. iur. & in l. cum fuerit 15. D. de condition. & demonstrat.* Verum quæri poterat, *anne hæc omnia conueniant cum norma sanctæ veritatis, & nunquid fuerit iusta aliqua causa emendationis?* Qua in re laborarunt Episcopi & Præsides Ecclesiastici. Ergo videndum nunc est de Iure Pontificio, vt vocant, & sententia Scholarum & Ecclesiarum Christianarum.

Hoc quidem apparet, velle DEVM auctorem veritatis, hunc præsertim sacrosanctum Coniugii statum seminarium piæ Ecclesiæ & Rerumpubl. vt dixi, piè & honestè contrahi, & seruari, quod superior ille locus ex Osea, & alii itidem ex significatione satis ostendunt. Et imprimis Pontifices & Pontificii de Sponsalibus aliter ad verba loqui, & ad res dicere cœperunt. Primo, ea vulgò diuidunt in Sponsalia, quæ fiunt verbis de præsenti & de futuro, de quo maximè vide *in cap. de sponsalib. pen.* Et nunc quidem ad fidem seruandam in hac re semper hortantur, de quo *in c. 2. de sponsal.* sed tamen illa sponsalia sola, quæ fiunt per verba de præsenti, rata esse volunt, de posterioribus paulò aliter sentiunt. Sic enim docent: Si sponsalia contracta sint verbis de futuro, siue vterque consentiat ad illa dissoluenda, siue alteruter re ipsa saltem indicet, se ea conditione nolle vti, vt locuti sunt veteres, puta, si post cum alia contrahat de præsenti, aut aliam ducat, priora sponsalia esse dissoluta Iure, de quibus vide *in tit. de sponsal. item tit. de condit. appesit.* vbi maximè *in cap. de illis*, & amplius *tit. de sponsa duorum.* Quod si verò sint sponsalia contracta verbis de præsenti: *accipio te in meam, &c.* ea deinceps nullo modo patiuntur dissolui, adeò, vt si quis post talia sponsalia nuda adhuc, iterum etiam alia contrahat, accedente etiam concubitu, respondent ipsi, hæc posteriora potius esse diriimenda, & retinendam eam, cum qua prius contraxit, *c. pen. de sponsal. c. licet, & c. vlt. de spon.*

spons. duor. Hic nunc dicam, quod res est, saluo quidem iudicio peritiorum, sed tamen licet inuitis peritioribus. Si Pontificii intelligunt per sponsalia de præsenti ipsum contractũ Nuptiarum, siue, ipsum initium matrimonii, cum vxor accipiatur, (vt omninò credo vetustiores & puriores Pontifices censuisse) conueniunt ista omnia cum Iure Ciuili & vetustiore antiquitate, nisi quod verbis aliter loquantur. At non sunt leges verbis positæ. Interim tenendum, ad primam enunciationem de sponsalibus de futuro, quod attinet, illud, quod supr. diximus, nempè, illam leuitatem contrahentis sponsalia bina nõ debere esse impunitam. Quod verò nunc apud eos atq; eorum Iudices officiales verbis his tantùm inhæretur, nempè, vtrum promissio hæc sit facta verbis præsentis temporis, an futuri; sit ne dictum; *eligam te in meam, & sociam vitæ: seu eligo te & duco te*, id apertè dico pugnare cum puriore antiquitate legum Roman. Et amplius, saluo tamen iudicio peritiorum, futiles continere ineptias, præsertim, cum venitur ad hypothesin, in qua etiam sic solent pronunciare, quæ nunc persequi nec volo nec necessum habeo. Progredior igitur in varietate sponsaliorum.

Solent sponsalia sic diuidi, nempè, in Publica & Priuata seu Clandestina. Publica sunt, quæ cum consensu tàm contrahentiũ, quàm ipsorum parentum in præsentia ternorum testium, per quos probari possit, contrahuntur. Clandestina sunt, quæ vel clàm & nemine præsente, vel in præsentia testium, sed sine consensu parentum, contrahuntur. *c. cum inhibito, & gl. ibi in verb. Clandestina. extr. de clandest. despons.* Solent hoc amplius fieri sponsalia, quæ sacra benedictione per Sacerdotem confirmantur, quorum meminit optimus Interpres Constantinus Harmenopulus. Ab his igitur publicis sponsalibus tanta deliberatione & certitudine contractis nõ oportet recedere, nec eam, quæ nunc verè sponsa est, quamq; Scriptura vxorem appellat, *Deut. 22.* deserere. Sed tamen hoc interest, an puberes sint, qui contraxerunt, & purè contraxerint? an verò impuberes, & sub conditione? Illa sponsalia rata esse debent; & dicunt quidam, si quis post eiusmodi sponsalia aliam ducat & cognoscat, ipsum committere adulterium. Sed de hoc postea videbimus. Quoad posteriora, si ante pubertatem contracta sint sponsalia, & post pubertatem pœniteat eius rei, monent Canones, dissolui posse, *c. de illis, cap. de vobis. extr. de sponsal. impub.* Sed & si conditionalia sint, conditione postea non existente, siue non eueniente, non oportet ea postea esse rata. Sed hic tamen videndum est, quæ & qualis sit conditio. Ideo nunc de conditionibus dicam, si tamen prius hoc amplius admonuero. Quòd si post sponsalia qualitercunque siue quibuscunque verbis contracta (certo tamen contractu, & ab iis, qui contrahere possunt) secutus sit concubitus, verè & rectè dicitur, ducendam esse sponsam stupratam, *& ita in c. veniens. 2. de spons.* Quod si saltem stuprata sit puella sine vlla desponsatione, teneatur hîc dictum: *Nuptias non facit concubitus, sed consensus.* vide de hoc *in c. tua nos. de sponsal. c. sic prope. 27. quæst. 2.* Ergo ideo non oportet eam ducere legibus nostris: licet stuprum tamen ingenuæ puellæ non sit impunitum; quòd puniunt relegatione, amissione bonorum, *vt infr. lib. 4. tit. fin.* Alibi aliter, datione dotis, numeratione certæ pecuniæ. Quidam obseruant legendum, *& dotet.* Nota hic regulam: Quod concurrentibus publicis & priuatis sponsalibus, semper præferri debeant publica. sing. gloss. & Panorm. *in c. 2. extr. de cland. despons.*

Nunc ad conditiones, quarum natura est suspendere actum. Et sunt quidem variæ conditiones; sed tamen ad hanc rem quod attinet, triplicem faciunt conditionẽ: aliam honestam, licitam & conuenientem dicunt: aliam turpẽ, vel etiam impossibilem: aliam deniq; pugnantem cum substantia coniugii. Quod

Quod ad priorem attinet, exempla sunt talia: *ducam te, eris mihi vxor, eris mea: accipio siue accipiam te in meam, si parentes tui consenserint, si mihi centum dederis.* (Hæc conditio loquitur de dote, alias si de pecunia loqueretur, esset turpis, *c. de iis. & cap. super. de cond. app.*) Sed hic respondent, si conditio non verificetur, verbi gratia, si parentes postea non consenserint, nihil esse actum. De secundo genere respondent, eiusmodi conditionem pro non scripta haberi, itaque contractum esse matrimonium, veluti, *ducam te si furtum feceris, si cœlũ digito tetigeris,* eamq; omninò ducet. Et hic sanè laudamus Pontificiorum fidem & industriam, qui manifestam calumniam & petulantiam decipiendi miserum sexum nolunt esse inultam, vide de his *in c. fin. de condit. apposit.* Tertium genus est, si quis dicat, *ducam te, si sobolem non generaueris, si aliis ad quæstuosam libidinẽ te prostituas*, addit Pontifex etiam hoc exemplum: *ducam te, donec inueniam aliam honore vel facultatibus te præstantiorem.* Et per eiusmodi conditionem appositam dicunt vitiari negotium, vt nihil sit actum, ita *in d. cap finali.* Hæc itaque illi de conditionibus. Sed quæsitum adhuc est; *quid iuris, si, ante, quam verificetur conditio, accedat concubitus?* Aiunt itaque eo casu detractam intelligi conditionem, tanquam nouo & præsenti consensu, qui purè interuenerit, & sic contractum omnino esse matrimonium, à quo non liceat discedere, *d. cap. per tuas, de condit. appos.* sed tamen de illa conditione, *si parentes dissenserint*, amplius deliberari possit, sed de hoc postea.

Vidimus præcipuè, quid sint Sponsalia, quotuplicia hodiè sint, quis eorum effectus, & quomodo omnino valida Sponsalia contrahantur? Cõsensus autem eorum, qui contrahunt, hac in re præcipuus est; & id quidẽ, vt in sponsalibus, sic & in nuptiis. Ergo nunc hoc in loco in principio de tota natura consensus dicamus. Et, quid sit consensus, satis notum est. Quo autem ad diuisionem, docent leges consensum alium esse expressum, alium tacitum, quo modo dictum est: Qui tacet, consentire videtur, *l. qui tacet 142. D. de regul. iur.* Et rursus consensus alius dicitur præcedere, alius saltem sequi per ratihabitionem. Quo pertinet *l. sed ea 12. D. de sponsal. l. nimirum. §. fin. D. de spons. impub* De causis & effectu iam monuimus.

Contraria, ad quę potissimùm nunc respiciendum, ICti pulchrè indicant, cum monent & scribunt: *nihil consensui tàm esse contrarium, quàm vim & metum, itemque errorem.* Et, *qui errat*, inquiunt, *consentire non videtur.* Huc pertinet *l nihil consensui. D de regul. iur.* Itaque, vt nunc fiat accommodatio, qui errat, & qui errore aut metu vel minis cogitur, vt fidem matrimonii seruet, non verè & propriè consentit, nec ideo certè contrahit. Ex hoc vides etiam, quid de furioso respondendum sit, qui caret intellectu. Sed & ad ebrium quod attinet, responderi potest, & notum est, quod dicitur: *Ebrietatem esse voluntariam insaniam.* Sed tamen in ebrietate distinguendum est, cuiusmodi ea sit, & an mentem auferat? vt sic liceat contra excipere. Vide gloss. *in cap. vnusquisque 22. quæst. 4.*

Porrò quod ad metum attinet, responsum est, eas promissiones non esse ratas, *l. si patre cogente 22. D. de ritu nup.* sed videamus, vt dixi, limitationes, siue exceptiones, ne subsidiis vtamur, ad quos subsidia non pertinent. Et hoc in loco illud scriptum est: Vani timoris non est iusta excusatio. *l. vani timoris. 184. D. de regul. iur.* & d. l *si patre* Si patre, inquit, *cogente ducat vxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter viuos non contrahitur, maluisse hoc videtur.* Vnde sanè colligere licet de iusto metu. Atqui de hoc magis auctores Iuris Pontificii. & Alexander III *in cap. veniens, de sponsalib.* docet: *Si quis cum alterius filia deprehensus fuerit in lecto & in re venerea, & à patre puellæ deprehendente cogatur promittere nuptias, non posse tamen hoc matrimonium in-*

uito eo, ratum esse. Huc pertinet etiam *c. cum locum. d. tit. de spons.*

Nunc quoad deceptionem & errorem, qui mentem impedit, illud addendum est singulariter de Iure Pontificiorum, qui rei huius grauitatem perpendentes ea in re quadruplicem errorem distinguunt, personæ, conditionis, fortunæ & qualitatis. *c. vnic. 29. quæst. 1.* quomodo & ICti in contractibus solent distinguere inter errorem in corpore ipso, in substantia, materia & qualitate. Docent itaque & scribunt Pontificii, si sit erratum in persona, qui est error grauissimus in ipso corpore, veluti, si quis putauerit Catharinam esse, quæ est Anna, Rahel quæ est Lea, &c. vt traditur exemplum in Scriptura, tunc errorem omninò posse obiici, & non esse verè contractum matrimonium. Idem dicunt, si est erratum in conditione, veluti, si clàm & fraudulenter obtrudatur ancilla pro libera, eique per errorem fides detur. Quod si verò erratum sit in fortuna, item in qualitate, vt, si putetur diues, quæ non est talis; bona & commoda, quæ est rixosa & morosa; tunc errorem leuiorem iudicant esse, quàm qui debeat obstare contractis nuptiis. Sed hîc vnum occurrit exemplum singulare, & difficile, nempè, si quis putauerit virginem, quæ corrupta est & constuprata, errorem dicunt esse qualitatis, & non obstare, ne scil. occulta delicta denu lentur, & quieta coniugia distrahantur, & sæpè innocentibus personis à leuibus maritis periculum ficto eiusmodi crimine creetur. Hoc sanè grauè videbitur deceptus. Sed examinemus rem diligentiùs, & videamus, quibus argumentis ista sententia expugnari possit, & quid sit, quod ipsi contra moueant. Principio Græcus & vetus Interpres Constantinus Harmenopulus *lib. 4. tit. 1.* disertè scribit: *Dissoluuntur sponsalia, si ex alio semine vterum ferre mulier sit deprehensa.* Et rursus *eod. lib. tit. vlt.* *Si virginem,* inquit, *deuirginatã tempore nuptiarum repererit, quam vt virginem vxorem duxerat, idque protinus per euidentem probationem ostenderit, dissolui hoc modo matrimonium.* In lege diuina *Deut. 22.* scribitur: *Si duxerit vir vxorem, & postea odio habuerit eam, obiiciens ei nomen pessimum, & dixerit, hanc accepi, & ingressus ad eam non inueni virginem, tollent eam pater & mater eius; & si verum deprehenditur, eiicient eam Seniores vrbis extra fores, & lapidibus obruent, & morietur.* Sed quid Pontificii? Dicunt esse errorem in qualitate; & eum non nocere in emptione; vt sic valeat argumentum à contractu ad sponsalia siue matrimonium, sed sunt ista argumenta à similibus valdè infirma & rudia. Notum est illud, quod dicitur: *Pudicitia optima dos est.* Notum est, teste Paulo, *velle Deum vt vnusquisq; vas suum in sanctificatione possideat, vt serues se castum & illibatũ futuræ coniugi.* Et pulchrè dicebat diuus Augustinus: *Talem te serues futuræ coniugi, qualem ipsam esse vis. cap. si dicturi 32. quæst. 6.* Non iudicentur igitur hi leues errores & deceptiones. Sed & contra manifestius argumentum extat *in l. ex empto 11. §. si quis virginem. D. de act. empti. Si quis,* inquit, *virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse; verumtamen ex empto competere actionem ad resoluendam emptionem, & pretio restituto mulier reddatur.* Vides quæ sint momenta disputationum & argumentorum in contrariam partem, quæ meritò mouere debent æquos Iudices; & sanè nostros mouent.

Sed nunc tandem videamus de differentiis quibusdam Consistorialium. Eas omnes in re, de qua hucusque in sponsalibus, dixi ex Iure Pontificum. Si quis verò contraxit de præsenti cum vna, & post iterum cum altera: accedente concubitu; cum missa posteriori redire debere ad priorem, quòd ita desponsata, nempè publicè vereque desponsata, iam vxor etiam dicatur à quibusdam. Hoc igitur non sine ratione ab iis responderi videtur; & in lege Mosaica *Deut. 22.* scribitur: *eum, qui alterius sponsam vitiauerit, morte mulctandum.*

standum, quòd alterius vxorem humiliauerit. Imò & in legib. nostris docetur, adulterium in alterius etiam sponsam committi, *l. si vxor 13. D. ad leg. Iul. de adult.* Et si hæc ita sunt, vt sunt; videtur sanè, & eum, qui sponsam habet, & postea cum alia contrahit, eamq; stuprat, adulterium committere. (sanè in foro Ecclesiastico, vbi de diuortio agitur) Adulterum autem licet repudiare.

Nostri igitur Consistoriales, quod de regressu ad priorem dicitur, ita demum obtinere respondent, si prior eum etiam recipere velit. Sed dices, puniatur adulter. Nego esse adulterum Iure Ciuili, de quo suo loco. Secundò, quod iam dixi de ea, quæ dicitur vt virgo, cum non sit virgo, quæ propterea tamen adultera non est, in eo nostri quidem tentant reconciliationem, sed tamen inuitum non cogunt retinere, & parti innocenti & læsę permittunt aliud coniugium. Tertiò, quod scribunt Pontificii de tertio genere conditionum, nempè, vt audiuimus, tales conditiones contractuum secundi generis vitiare negotium, vt nihil videatur esse actum; id parum cõstare videtur, cum eadem sit vbique ratio. Quamobrem puto nostros has conditiones effectu à secundis non separare. Vide aureum illum libellum de Coniugio p.m. Philipp. Melanch.

Hactenus de præparatoriis Nuptiarum, de Sponsalibus, & quæ huc pertinent, nunc porrò ad cætera. Et imprimis, vt supra monui, de nuptiarum causis, de consensu iterum dicetur, quomodo dicatur: *Nuptias facit solus consensus, non concubitus?* Sanè ne concubitus sequatur, nuptiæ contrahi non solent, quo pertinet *cap. fina. de cond appos. de quo supra*, & tamen potest esse matrimonium, siue potius nuptiæ sine concubitu ex consensu, nimirum, cum vir & mulier inter se inuicem consentiunt affectione coniugali, nempè, vt maritus eam iam nunc in vxorem, illa ipsum in maritum habeat, nuptiæ fiunt, & dicuntur contractæ Nuptiæ, etsi nondum etiam ducta sit in domum, de quo habes pulchrum casum *in l cum fuerit 15. D. de condit. & demonstrat.* Dicimus igitur sæpè, nuptias facit consensus *dict. l. cum fuerit, & l. nuptias 20. D. de regul. iur. Nou. 22. de nupt. § nuptias cum multis simil.*

Hæ tamen, ad finem quod attinet, eò fiunt, vt coniungantur deinceps etiam ipsa corpora ad procreationem. Sed de his supra diximus. Quæritur autem nunc, *anne dotis datio necessaria sit, vt non possit sine dotis datione vel mentione contractum videri matrimonium?* Quæritur etiam, *anne tabulæ dotales vel nuptiales sint necessariæ?* Quæritur similiter & de aliis.

Primò, quod ad dotem attinet, disertè scribitur, matrimonium sine dote esse posse, *l. vlt. C de donat. propter nuptias.* Eodem modo docetur, non esse necessum, tabulas nuptiales esse confectas, de quo vide *l. si donationum 22. Cod. de nupt. & authen. maximus. item Nou. 74. c. 4. Nou. 177. c. 4.* Diuus Hieronymus tamen ad Oceanum scripsit: *Vxor à concubina discernitur tabulis & iure dotali.* Sed id intelligendum de ea, quæ ante concubina fuit, nempè, vt constaret deinceps de contracto coniugio. Ergo manet illud: *Nuptias facit solus consensus.*

Illud notandum tamen, semper ritus quosdam & obseruationes publicas fuisse adhibitas initiis nuptialibus, idque iudicatum fuit pulchrum esse ad hoc, vt saltem ita constare posset de contractis nuptiis. Et ea ratione rectè & grauiter prohibitæ sunt Iure Pontificio desponsationes clandestinæ. *tit. de clandest. despons.* & vide *cap. nullum 30. quæst. 5* & de talibus nonnullis ritibus *in l. mulierem 5. D. de ritu nupt. Nou. 74. cap 4 & cap. nec illud. Item 30 quæst. 5.* & Apuleius dicebar, *nuptias in villa sine testibus factas legitimas non videri.*

In Ecclesia perpetuo quodam vsu & consuetudine obseruatum est, vt à ministris Ecclesiæ publicè benedicerentur nuptiæ;

& sic scribitur in Iure Pontificio: Hodiè legitimas nuptias inter Christianos ita fieri, cum pòst promulgationem siue denunciationem, adhibitis precibus & benedictione, publicè confirmantur, *c. aliter 30. q. 5. c. fin. tit. de clandest. despons.* Fuit & hoc semper vsitatum, vt nuptiæ & nuptiarum dies in publico gaudio cum conuiuio celebrarentur. Nuptias igitur, vt ad rem ipsam redeam, facit cõsensus. Sed hæc adduntur ad formam, vt constet de matrimonio, de legitima sobole, vt omnia fiant in Ecclesia decenter, & cum ita accedit in domum ductio & concubitus, die Heimfarht vnnd Beylâger / tum deinceps dici solet matrimonium perfectum & consummatum, *vt in cap. institutum 27. quæst. 2. cap. penult. de raptu virginum.* Vtvt autem sit de his, quæ diximus, pertinere ad formam, tamen pro necessitate (non oportet, quæ benè instituit Ecclesia, petulanter contemnere) diligenter distinguendùm inter illa, quæ pertinent ad substantiam, quæque sunt necessaria, vel ab expresso DEI verbo conscripta, vel non sunt talia.

Vidimus, quomodo cum Sponsalia tum Nuptiæ contrahantur; item, quid inter ista cõtrahenda & conficienda intersit, vbi adhuc maximè de cõsensu, in quo est causa efficiẽs. Monui autem supra, consensu quidem solo cõtrahi Sponsalia & Nuptias, sed tamen non excludi consensum parentum, si sint in potestate. Igitur nunc dicemus de consensu parentum. Huius loci hæc sunt capita præcipua. Primum, vtrum parentum consensus necessarius sit? Secundum, Quando & quomodo necessarius sit? Tertium, Quorum parentum consensus adesse oporteat? Dicendùm est igitur de Tutoribus & Curatoribus, & similibus.

Et nunc auspicamur de Iure antiquiori & Ciuili, postea dicturi de aliis, deque Iure Ecclesiastico. Et vt breuiter saltem indicem vsum & obseruantiam purioris Antiquitatis, in contrahendis Nuptiis consensum parentum adesse oportere, omnes omnino leges omnium gentium, omnia Iura, omniumque historiarum exempla ostendunt. Imprimis huc pertinet locus Xenophontis *lib. 8. de Pedia Cyri, de morib. Persarum.* Deinde D. Ambrosii *in cap. honorantur. 32. quæst. 2.* vbi citatur Euripides *de moribus Græcorum.* Amplius de hac re commonefaciunt Terentius *in Phormione*, & Plautus *in Aulularia: item in Persa.* Atque pertinet etiam huc locus legum Mosaicarum & populi Israëlitici, *Genes. 24. Deuteronom. cap. 7. Num. 30.* in quibus locis, *honora patrem & matrem* ita exponitur, vt intelligi possit ad vota & ad Nuptias etiam pertinere. Sed ad leges nostras Romanas quod præcipuè attinet, textus extant de hac re expressi, *vt in l. in sponsalib. 7. l. in potestate 10. l. sed ea 10. D. de sponsalib. l. nuptiæ 2. D. de ritu nupt. l. si vt proponis 5. l. nec filium 12. Cod. de nupt. l. 1. § final. D. de lib. exhib.* & infra text. Institut. habet, parentum consensum liberos habere debere: hoc enim & naturalis & Ciuilis ratio suadet, in tantum, vt iussus parentum præcedere debeat. Imo *d. l. 10. D. de sponsalib. & d. l. 1. D. de lib. exhib.* docent, Sponsalia & Nuptias insciis parentibus contractas posse parentum auctoritate rescindi & dissolui. Et Apuleius, de quo hesterna lectione, scripsit, ita contractas non esse legitimas. Huc vsque de priore capite; vbi docuimus parentum consensum ad Nuptias liberorum esse necessarium.

Nunc videamus etiam, quando & quomodo tamen & hæc ita sese habeant, & quatenus hic consensus suum etiam quoddam habeat temperamentum? Et imprimis cum sciat parens, de Nuptiis filii tractari, & non contradicit, satis videtur consentire, ita textus est *in dict. l. si vt proponis 5 Cod. de nuptiis, item in dict. l. in sponsalib. 7. D. de sponsal.* nimirum, tacitus hic est consensus. Sed etsi pater osor sit matrimonii, & velit filium vel filiam inuitos viuere cœlibes, & prohibeat matrimonium, cogi poterat per Magistratum, in matrimonium liberos collo-

collocare & dotare, *l qui liberos 19. D. de ritu nupt.* Vbi & hoc amplius additur: *prohibere videtur, qui non quærit conditionem.* & Iustinianus *in Nou. 115. de causis exheredationis* scribit: *Si filia 25 annorum ætatem attigerit, atq; parentes differant eā matrimonio iungere, ex eoq; contingat, vt in suum corpus peccet, vel sibi ipsi maritum eligat, non posse eam ob hoc exheredari.* Ita igitur parentes non possunt à nuptiis prohibere. Porrò nec ad nuptias cogere possunt inuitos, ita text. *est in l. filiosfam. 13. D. de sponſ. & l. non cogitur 2. D. de ritu nupt.* Sed hic excipe, nisi si relinquendi meretricii amoris causa vxorem ducere imperem. *Omnes, qui amant*, inquit Terentius, *grauiter sibi dari vxorem ferunt.* Et inde apud Harmenopulum extat lex hæc: *Filiusfamilias dissolute viuens nuptias non recusato.* Sed & hoc tenendum, vtcunque vxorem ducere parentes ita imperent, non tamen debent eas inuitis obtrudere, quæ non placent, quo pertinet *d. lex. non cogitur*, & pulchrè idem ille Terentius de Clitiphone; *Quandoquidē ducenda est* inquit, *ego propemodum habeo, quā volo.* Sed iterum ad eum locum quod attinet, scribitur, tunc solùm filio à patre dissentiendi licentiam concedi, si indignam moribus vel turpem sponsam eligat ei. *dict. l. sed ea 12. D de sponſ.* & rursus *ex l. si patre cogente 22. D. de ritu nupt.* Si patre imperante filius cōtradicere non ausus vxorem duxerit, quam alioquin ducturus non esset, valet tamen matrimonium. Amplius scribitur: qui patris voluntati non repugnat, intelligitur consentire. *dict. l. sed ea.* quod in filia verum est, etsi idem de filio statuat ibi Accurs. Vides igitur quæ & quales ea in re extent moderationes, & intelligis hic locum illum de consensu tacito & expresso. Omninò sanè parentes diligenter cogitare debebant, coactiones illas, quæ fieri sæpè solent, propter alterius opes & diuitias, & nescio quas alias causas, tristes consueuère habere exitus. *c. cum locum. c. requisiuit. de sponſ. item 31. q. 2. in princ.* Sed non ignoro, quam hic surdis narrem fabulam.

Nunc videbimus de loco tertio: quorum tandem parentum consensus liberis iure Romano sit necessarius? Atque de hoc breuiter possum id dicere, eorum saltem consensum esse necessarium, qui liberos, de quibus quæritur, in potestate habēt. Itaq; si liberi sint emancipati, si quæratur de matre & linea materna, non imponunt leges nostræ hanc potestatem; & has nuptias, etiamsi consensus istorum parentum abfuit, ratas habent. Textus sunt à contrario sensu; sed & expressus est textus *in l. filius emancipatus 25. D. de ritu nupt.* Sed & extant textus quasi contrarii, qui videntur in emancipatis etiam liberis id velle, vt sine parentum consensu non contrahant. Vide *l. vidua 18. l. in coniunctionem 20. C. de nuptiis.* Sed videntur hæ leges loqui de iis liberis, qui sunt adhuc minores, & maximè in persona fœminarum, & filiarum. Et omninò, quod ad patrem attinet, fortassis conuenit, vt eius auctoritas, quàm matris, grauior sit, filias etiam magis quàm filios decebit esse subditas propter sexus fragilitatem. Et ita videntur prædictæ leges loqui.

Hactenus igitur de consensu parentum & iure Ciuili & Cæsareo. In summa autem maximi illius negotii de consensu notandum est; ita parentum consensum desiderari, vt non excludatur liberorū; & ita rursus liberorum, vt non excludatur parentum. Duplex est hic coniunctio, animorum & corporum; & animos imprimis oportet esse coniunctos mutuo amore, quod non facilè fit imperio parentum. Corpora magis imperio parentum coniunguntur. Hinc solet dici: *Consensum ipsarum partium magis esse principalem, parentum verò secundarium.* Benè notauit Accurs. *in l. sed ea 12. D. de sponſ.* & memini piè & eruditè disputasse f. m. Dom. Philippum Melanchthonem. Porrò oritur nunc adhuc in hoc negotio de consensu parentum magna & difficilis quæstio; nempè: *si stuprum etiam accessit, & quod sub conditione sit contractum: Ducam te, si paren-*

res consenserint, & postea non expectata conditione concubitus accesserit? Putant leges Rom. pro sua grauitate & maiestate, nihilominus pro auctoritate parentum id rescindi posse; ad quod adducunt text. *leg. 1. §. fin. D. de lib. exhib.* Monent tamen ex eadem lege, si concordans sit matrimonium, & liberi fortè existant, vt parentes publicę vtilitatis causa de suo iure paulatim decedant; sed hæc tamen ita fieri apud nos non obtinent. Verùm de hoc posteà. Nunc videamus quatenus ius Canonicum cum his consentiat, nolo fingere crimina, nec iudico hoc esse hominis boni. Non igitur dico, Pontifices suis Canonibus simpliciter sustulisse hanc auctoritatem parentum; imò dicam, non inueniri vllum caput, si saltem discas attendere, quod neget, ad sponsalia & ad nuptias oportere accedere consensum parentum, & consentiunt omnes puriores Canones cum legibus Ciuilibus. Verùm cum iam de facto sine consensu parentum sponsalia de præsenti siue matrimonium contractum erit, hic incidebat grauior deliberatio, liceretnè arbitrio parentum rescindere? Et sic quidem ea in re videntur distinguere. Aut quis contraxit sine consensu parentum, conditionem tamen addidit, *si parentes consenserint*, aut hoc non excepit. Priori casu patiuntur arbitrio parentum id rescindi, quasi hoc nominatim exceptum sit, sed hoc iterum cum hac limitatione siue exceptione, nisi iam ante non expectato illorum consensu subsecutus sit concubitus, siue non sit secutus, vide de his *in c. superet. cum c. sequenti de conditionib. appos.* & notatum *in cap. fin. 32 quæst. 2.* Ibi nihil video, quod non Iudices maximè sequantur, nisi quod statuant, non posse rescindi matrimonium inuitis parentibus contractum, si non ab initio de hoc contestatum sit, iuxta casum postremum, cum adhuc res sunt integræ. Quantum autem discrepet à iure Ciuili, ex superioribus intelligi potest. Porrò verò ex iis, quæ de iure Pontificum dixi, inter peritiores interpretes & Iudices id fortè notarunt, nempè consensum parentum esse tantùm honestatis, non necessitatis, notatur *in cap. sufficiat 27. quæst. 2.* Et rursus patriam potestatem, quo ad matrimonium, solui adueniente adulti ætate, notatur *in c. mulier 32. quæst. 2.* quorum vtrumque falsum est. Sed videndum de sententiis Dominorum Consistorialium. Consensum parentum cum legibus omnium gentium, vt supra declarauimus, & præsertim ex verbo Dei, necessarium esse iudicant, & sponsalia siue matrimonium insciis & inuitis parentibus ad arbitrium parentum, qui id omninò nolunt, dissoluunt siue rescindunt. Matris etiam consensum, patre præsertim non superstite, obseruant; & id sanè supra sententiam legum nostrarum. Sed etsi secutus sit concubitus contra sententiam illam legum, de qua supra, id quod Canones habent, sequuntur. Et aiunt se hoc casu magis consulere debere puellæ corruptæ seu viciatæ. Nam res desiit esse integra, & manifesta fieret iniuria puellæ defloratæ, cum iam per hoc ipsum parentum auctoritas sit violata; ac denique, cum per copulam omnis conditio omneque vitium sublatum sit. Speculator *de præsumpt. §. 2. numero 10. &c.*

Ius Ciuile videtur cum magna seueritate tueri & vindicare parentum auctoritatem, & quid ni faceret, cum videantur eiusmodi liberi sui ipsius furtum facere & omnium grauissimè offendere parentes? vnde & à quibusdam exheredari solent. Et sanè, si dolus puellæ deprehendi & cōuinci possit, videtur rectè fieri, si seruetur rigor ciuil. iuris. Sed hæc pro mea tenuitate tantùm consilii loco indico, legem non pono; quamquam scio, de hac re grauiter etiam disputare Franciscum Duarenum, & alibi alia iura sunt. Insuper notum est, nonnunquam stupratam duci oportere. Hæc de Parentibus.

Nunc

Nunc quoad Tutores, Curatores, aliosque propinquos, certum id quidem est, mortuis iam parentibus horum auctoritatem non esse contemnendam, quod & leges nostræ non negant; sed tamen penes eos esse posse potestatem rescindendi, quod iam gestum est, id quod sciam, non docent, vide de his *in l si puella 6. D. de sponsl. l. in postulandis 8. l. vidua 18. l in coniunctione 20. C. de nupt.*

Et hactenus de præcipua causa efficiente & vario consensu, restat, vt videamus suo ordine, de qualitate contrahentium, quæ & quales personæ esse debeant? Et imprimis de ætate eorum, de quo sic habet textus noster, cæteræque leges: *Masculi quidem sint puberes & fœminæ viri potentes.* Hanc viripotentiam, vt sic loquar, definiunt ex anno ætatis 12. & masculorum pubertatem ex anno 14. Veteres quidem vsi sunt inspectionibus, sed has meritò pudicitiæ & castitatis ergò repudiauit Iustinianus *infra tit 22.* Ante hanc ætatem igitur dicunt Iurisconsulti non contrahi legitimas nuptias, *vt in l minorem 4. D. de ritu nupt.* Canones tamē Pontificii rursus non simpliciter ad eam ætatem attendūt, sed magis ad potentiorem cōmixtionis, & ita illi ante hanc ætatem nuptias contrahi posse aiunt. *c. impuberes. de desponſ. impuberum.* Sed quid accurrunt varii irrisores, & præsertim ordinis diuinitùs instituti taciti contemptores, qui aiunt, hanc teneram ætatem attributam esse Nuptiis? Vt autem breuiter faciam, sciant hi, respici in hac re potissimùm ad ista duo. Primum, ad aptitudinem commixtionis, de quo vide Aristot. *lib. 7. in historia animalium. cap. 1. & in problem. sectione 4. quæstion. 4* Plutarchum *libr. 1. in somnio Scip. cap. 7. & lib 7. Satyr. c. 7.* Secundò, ad vim & vehementiam huius aptitudinis, de quo itidem Philosophi & Poëtæ, vide eundem Aristotel. *d. lib. 7. de histor. animal. cap. 1. & 2.* Ouidium *in Medea lib. 7. Metam.* Virgil. *Ecloga. 2.* Terent. *in Eunucho.* Et iam etiam tenendum hic, Iurisconsultos & leges loqui de illis, quæ communiter accidunt & accidere solent; & nihil mandare, sed relinquere tamen post eam ætatem nuptias. Et notum est illud Pauli ad Corinth. *Satius est nubere, quàm vri.* Atque legumlatores sapientes ciuitatem stupris & illegitimis factis cōtaminari & repleri nolunt. Porrò rursus, quod fœminas citiùs admittunt, in masculo autem grandiorem requirunt ætatem, ex iisdem Aristot. & Plutarch. non tantùm physicas illas habet causas, quòd fœminæ citiùs adolescant, quòd sint frigidiores, quòd magis appetant virum, addo etiam, quòd ita fieri posset, vt æqualiter desinant gignere, vide eundem Aristot. *d. lib de histor. animal. cap. 17. item lib. 1. Physicorum cap. vlt.* Plutarch. *prædictis locis.* Sed similes etiam morales habet rationes, nempè decet marem siue maritum, pater vt sit, itaque conuenit etiam ætate præcedere, vt sic possit esse coniuncta cum amore & beneuolentia in coniugem quædam grauitas, de quo monet Syracides *cap. 9.* Sed & Aristotel. atque Hesiodus grandiorem ætatem in masculo desiderant, quanquam tamen aliam ætatem isti Philosophi nuptiis adscribant, nempè in masculo requirunt annos 36. in fœmina 18. vide Aristotelem *lib. Polit. 7. cap. 16.* Sed de his alia tunc venerunt in mentem; & dixi nostros eò respicere, quòd tunc homines ipsa necessitate ætatis communiter pubescant, & cum pubescere incipiunt, tūc maximè ad vsum rei venereæ incitentur, & sic ferè hic appetitus vehementissimus. Oportet autem Legislatorem cogitare, ne det occasionem ad illicita stupra, &c.

Porrò, quando de ætate cœpimus dicere, addamus obiter & illud, quousque siue in quam vsque ætatem nuptias liceat contrahere? Et de hoc differit sæpè dictus Philosophus *in Politicis iam dicto loco, item lib. 5. de historia animalium cap. 14. libr. 7. cap. 6.* Atque lex Codicis nostri docet inter

sexage-

sexagenarios & quinquagenarios nuptias cõsistere. *l sancimus 27. C. de nupt.* & addit ibi gloss. Senes, si coire possint, licet difficulter, contrahere matrimonium. Vide hic etiam *l si maior 12 Cod. de legit. heredib.* Verum Ecclesia videtur in ea re permittere libertatem, cum fortè sint plures alii quoque fines matrimonii, de quibus supra. Conuenit tamen, vt habet regula, non solùm quod licet, sed etiã quod honestum, spectare. *l semper in coniunct. 42. D. de ritu nupt.* De ætate hucvsque.

Nunc ad alia eius generis de Personis. Et quidem in textu nostro sic scribitur postea: *Ergò non omnes vxores ducere licet, nam à quorundam nuptiis abstinendum est.* vbi respicit in primis ad cognatos & affines. Nam inter hos inuicem iustæ nuptiæ consistere non possunt: quanquam hoc non est perpetuum, id est, non extendit se in infinitum, quousque cognati & affines æstimari possunt, sed ad certum vsque numerum, vbi habent etiam gradus. Et extat disertis verbis proposita prohibitio per Moysen *Leuitic. cap. 18. & repetitur c. 20.*

Porrò hac omni in re primum hoc considerandum est, quod natura ipsa ab huiusmodi cõmixtione videatur abhorrere. Nam Deus talem reuerentiam talemque pudorem in propinquos, in ipsam humanam naturam, impressit. Et testatur Plinius, imò Iustinianus *Nouell 12.* in brutis etiam quibusdam hunc pudoris sensum obseruari; vt brutis videantur deteriores, qui ab eiusmodi commixtione non abstineant. Deinde & antiqui tribus adhuc ex causis cognatis & affinibus matrimoniali commixtione putarunt interdicendum. Primò, vt possit ita magis charitas hominum & necessitudo in plures etiam familias dispergi. Deinde, vt non ita facilè cognationis nomina malo aliquo more & exemplo confunderentur, vt idem diceretur pater, frater & maritus. Tertiò, vt maiori etiam reuerentia diuinæ quoq; prohibitiones obseruarentur, & in tanta hominum & personarum copia maior sit matrimoniorum pudor & reuerentia. vide de his *in c. cum igitur 35. quæst 1.* Item Hesichium *in Leuitico.* Plutarch. *in Problem.* & Harmenopulum *lib 4. Epitomorum lib. 6. de Affinitate.* Itaque superioribus, quæ dicuntur esse ex natura, humanæ etiam traditiones & Constitutiones aliquid etiam addiderunt, & sic est nunc duplex prohibitio, naturalis seu diuina, & humana vel Ciuilis; in quibus tamen multum interest, & interesse debet. Solet aliquando ab iis, qui potestatem habent, relaxatio & remissio aliqua fieri, ob causas probabiles, iustas & æquas, & hæc dicitur vulgò dispensatio Et quæri nunc solet, quousque valeat dispensatio. Hic igitur dicimus ex doctrina etiam, quæ *supra tit. huius lib. 2.* proposita est de differentia iuris naturæ & Ciuilis, quorum illud immutabile dicitur esse, hoc verò mutari posse, contra prohibitionem illam naturalẽ, quam pudor & reuerentia naturalis ostendit, dispensationem non posse, nec debere fieri, & non permitti, sed saltem contra Ciuilem illam & humanam. Vide quæ notantur & disputantur *in c. literas. de restitutione spoliatorum.*

Sed nunc videamus in specie de prohibitione hac & abstinentia à personis. Quæritur igitur, quæ sit prohibitio naturalis & moralis, quæ est ꝑpetua, & quæ sint ex illa prohibitione, quæ verò ex ciuili & iure ciuili? Et magna cõtentio est de textu *c. illius 18. Leuitici* Quæstio autem omnino duplex est: An ea tota lex naturalia & moralia habeat? An de personis tantum intelligenda sit, vt personas numeret? An verò de gradibus, vt sub personis contineantur gradus? Vtriusque disputationis argumenta excutere omnia non possumus propter breuitatem, sed breuiter de veriori sententia, quæ & firmioribus argumentis munita est, monebimus. Ergò sanè, si textum ipsum non oscitanter inspicias, circumstantias etiam & rationes omnes diligenter, & ad

& ad legislatoris ingenium aſpicias, inuenies omninò legem eam, & quidem totam eſſe moralem. & naturalem. Intelligenda etiam de ſimilibus & de gradibus. Et ita ſanè omnes pronunciant. Ita etiam pronunciatur in noſtris Conſiſtoriis. Iam igitur, quod ad ſummam eius loci & capitis attinet, & ad gradus in ea lege prohibitos, rem omnem breuiter indicabimus. Sed imprimis tamen monendum eſt, gradus aliter enumeraſſe eruditam antiquitatem & I C. aliter Pontificios & recentiores. Loquar igitur nunc cum I Ctis & Imper. Quomodo ad hodiernam rationem illa conueniant, poſteà intelligetur. Ergò lex Dei & lex Moſaica prohibet nuptias inter Cognatos & Affines lineæ rectæ, id eſt, inter parentes & liberos in infinitum. Inter eos autem, qui ſunt à latere vſque ad quartum gradum lineæ æqualis, hoc eſt, ſi vterque diſtet à ſtipite ſecundo gradu, tum demum nuptiæ licitè contrahuntur, vt inter conſobrinos. Nunc conferamus etiam conſtitutiones humanas Romani populi & Ius noſtrum. Equidem aliud atque aliud videtur fuiſſe hoc Ius pro ingenio Imperatorum, præſertim etiam in Ethniciſmo. Legimus enim, contra prohibitionem legis Moſaicę Claudium Cæſarem fratris filiam duxiſſe: Cęcilius Metellus vxore defuncta ſororem eius duxit. Sed tamen mutato iure in melius, tandem iſta non fuerunt permiſſa. Et quoad leges noſtras, quas *in hiſce Inſtitutionib. &* C. habemus, quod ad ſummam attinet, videtur ea res ad ſuperiorem regulam legis Diuinæ & Moſaicæ eſſe reuocata, nimirum inter parentes & liberos, quaſiue parentes & liberos, in infinitũ ſunt prohibitæ nuptiæ, *ita in §. inter eas enim. infra.* Inter propinquos verò a latere prohibitæ ſunt vſq; ad quartum gradum, ſaltem lineæ æqualis, nẽpe eo gradu ritè & licitè contrahuntur nuptiæ. *vt in §. inter eas quoq; cum ſeq* Et hæc quidem ſumma eſt iuris Ciuilis, de quo poſteà audituri ſumus exempla. Cæterum Pontifices tamen & Epiſcopi Romani olim in latiores & plures etiam gradus hanc prohibitionem nuptiarũ produxerunt, nimirum, cum Ius Ciuile permittat nuptias, ſi vterque contrahentium diſtat a ſtipite ſecundo gradu, ipſi demum permittũt (vt eſt poſtremum eorum ius) ſi alter eorum diſtat à ſtipite gradu quinto. Cum ius Diuinum & Cæſareum permittat coniunctionem conſobrinorum, ipſi non conſobrinam, ſed huius filiam, non neptem etiam, ſed proneptem demum patiuntur ducere. vide *35. quæſt. 2. & 3. Item c. non debet, extra de conſanguinitate.*

Quæritur nunc etiam, *quid de his prohibitionib. ſentiendum ſit?* Dicunt contra legem diuinam id fieri, & ideò abolendum. Equidem dixi ſupra de cauſis, quæ mouerunt legiſlatores, vt à propinquis magis etiam iuberent abſtinere. Et poteſt omninò ea ratione ordinaria poteſtas aliquid addere, ſaltem duo teneantur. Primò, vt ſit tamen etiam modus in hiſce cõſtitutionibus & prohibitionibus, nec futiliter deinceps reſcindantur & violentur, quæ ſemel grauibus ex cauſis pro publico iure placuerunt. Deinde vt ſit etiam diſcrimen inter prohibitiones diuinas & humanas, de quo ſupra, nimirum, vt diuinæ maneant immutabiles, ac humanas ob cauſas permittatur relaxatio, quod inter viros principes maximè ſolet fieri. Sed fiunt, inquiunt, iſta contra legem Dei. Ego verò reſpondeo, iſtam legem diuinam non ſimpliciter imperatiuam eſſe, vt in eo gradu contrahamus, verùm prohibemur ſaltem intra iſtos gradus nuptias contrahere, non prohibemur etiam vltra eum gradum abſtinere, ſi quando honeſtas id deſiderabit. Igitur ſanè & reformatæ Eccleſiæ, & graues Theologi docent, non temerè etiam tales prohibitiones graui deliberatione & conſilio propoſitas violandas, vt ne ducat quis conſobrinam; ſed obſeruandas etiam huiuſmodi, non ſanè quia Pontifices ſic ſtatuunt, ſed quia rationem iſta habent, & tamen pro circumſtantiis morum, locorum, poſſe ab his adimi & detrahi. Atqui quod ad noſtras

regiones attinet, in hisce terris, Ecclesiis & Consistoriis, quo ad ordinationem, de qua diximus, Pontificium vnum gradum abiiciunt, vt nuptiæ licitè contrahantur, si saltem alter distet à stipite quarto gradu; quod tamen, quomodo latius intelligendum sit, posteà videbimus. Imò ex constitutione quadam Ducis Mauricii ex probabilibus causis tolerant siue permittunt coniunctionem sobrinorum, cum vterque distat à stipite tertio gradu, & sunt illi inter se sexto gradu. Quod exposui de cognatis, id intellige eodem modo de affinibus. Vides igitur nunc, quæ sint prohibitiones diuinæ, quæ humanæ, nempe, diuinæ in lege illa apud Moysen *Leuitic. 18.* continentur, & in nostro etiam hoc iure repetuntur & sanciuntur, in quibus dispensatio non est, sed contra eam prohibitionem contrahentes grauiter puniuntur. DEVS etiam ipse seuerè minatur, fore, vt, sicuti contra ista sua præcepta nuptiæ impunè contrahuntur, polluta terra hisce tantis sceleribus eiiciat & quasi euomat habitatores suos, quos ipse execratur, quemadmodum talia multa atrocia leguntur *in capit. Leuitic. 18. & 20.* Verùm allegantur tamen contra etiam exempla quæ iam veterum sanctorum Patrum. Sed de his posteà singulari aliquo capite.

Nunc quando vidimus, in quem vsque gradum inter propinquos & affines prohibitæ sint nuptiæ, vidēdum etiam quomodo cognati atq; affines æstimentur? De quibus in alio loco diligentius & exactius, nēpe *li. 3.* vbi est de hac re singularis titulus. Nūc breuiter tantum, quod ad præsens negotium de nuptiis attinet, de hac re dicendum. Et quidem imprimis cognaionem dicimus colligationem illā inter certas personas, quæ vnà communiterue natæ & ab eodem ortæ progenitæuè dicuntur, vt sit inter eas consanguinitas; vnde & consanguinei dicuntur. Sic ICti *in l. non facile 4. Digest. de grad. & aff.* vt quando Titii alicuius, vt vulgo vocant, parentes, liberi, fratres, sorores, item patrui, amitæ, ponuntur vel recitantur. Et hoc vocant vulgò schema cognationis, item arborem cognationis, & distinguunt in ordines, nempe ascendentes, descendentes & collaterates, siue parentes, liberos & propinquos à latere, qui neque nos genuerunt ipsi, neque à nobis sunt geniti, sed habent tamen nobiscum eandem generationis originem. Porrò inter hos ipsos siue inter hunc potissimum ordinem collateralium hoc etiam apud nostros spectatur, quod alii cognati sunt propter patrem, siue ratione patris; alii solum propter matrem, ICtis agnati vocantur Schwerdtmagen/ iuxta ius Saxonic. alii cognati tamen, quos idem vocant Spielmagen/ vide *l. 1. l. non facile 4. & l. ICtus 10. D. de gradib.* Et illa quidem cognatio naturalis est. Est & alia adhuc cognatio, quæ ex adoptione oritur, & adoptiua est, quæ dicitur ciuilis & legitima cognatio. *d. l 4.* & in iure Pontificio *tit. de cognatione legali.* Verbi gratia: cum Titius adoptat Dauum, fit ille huic pater, hic illi filius, & illius liberis pater, & sic deinceps. Hic verò illud tenendum est Studiosis iuris, per adoptionem eos tantum posse nos contingere, tanquam cognatos, qui fiunt etiam agnati, id est, qui consequuntur nomina agnationis, verbi gratia, amita, item patruus per adoptionem fit, auunculus aut matertera non fiet. Huc pertinet *lex qui in adoption. 23. D. de adoptionib. lex si qua mihi 12. §. fi. D. de ritu nupt.* & audiemus infra in textu, quorsum hæc pertineant etiam in nuptiis.

Et hæc de cognatione, nunc de affinitate. Affinitas igitur est quædam attinentia, sed non ex sanguine siue ex propagatione, verùm ex accessione propter duarum personarum inter se concubitum, quæ ex hoc, vt inquit scriptura, fiunt caro vna; vt, cum vxorem duco ex aliena familia, efficimus nos vna caro; vnde mei cognati vxorem etiam attingunt, & rursus vxoris cognati me. vide

dict.

dict. leg. 4. §. affines D. de grad. item 35. quæst. 2. cap. æqualiter. cum duob. sequentib. Porrò definiunt vsitatè affines sic: *Affines sunt viri & vxoris cognati.* Quod tamen sic intelligendum est, vt solum vxoris meæ cognati mihi, & rursus mei cognati vxori meæ affines dicantur fieri; quod ita demonstratur, quia inter hos fit & sustinetur accessio, & alter ad alterius familiam accessionem facit, & rursus alii accessionem eam patiuntur. Itaque cognati mei & cognati vxoris meæ inter se verè affines non sunt, & proinde valent & consistunt etiam nuptiæ inter fratrem meum & sororem meæ vxoris, siue inter duos fratres, & duas sorores, & aliis itidem multis casibus, de quo extat *in cap. quod super his. extr. de consanguinit.* Quod ad diuisionem attinet, illud saltem dicendum est, finxisse olim Pontifices tria affinitatum genera, primum, secundum, & tertium. Sed hoc totum commentitium esse ostendit superior definitio & declaratio. Quapropter rebus inanibus nō immoramur; & ipse Innocentius III. iterum hanc ordinationem de istis affinium generibus in nuptiis sustulit, *cap. non debet. de consanguinitate.* Quidam putarunt secundum quoque genus affinitatis in legibus ciuilibus confirmari, *vt in leg. vxorem 15. D. de ritu nuptiarum.* vbi exemplum est de vitrico, ne ducat vxorem quandam priuigni, quæ tamen non est verè affinis. Sed salua reuerentia istorum dico, tale quid de affinitate Iurisconsultis istis contra fundamentum & definitionem affinium nunquam venisse in mentem, sed exemplum est de publica honestate, de qua *in §. sed si vxor. infra.* Non ducet priuigni vxorem vitricus, quia inhonestum videtur enubere, qui est loco parentis. Nunc quoad ea, de quibus supra in cognatione, sciendum est etiam ratione accessionis, adeoque accessionum (vt cum affinitate comprehendamus adoptionem) effici quasi parentes, quasi liberos, quasi propinquos, vt quæ vxori meæ mater est, mihi est loco matris; quæ filia, loco filiæ, & deinceps. Accessio enim imitatur naturam. Hinc igitur statuimus & in his lineas siue ordines parentum, liberorum, &c. Quod autem attinet ad nomina affinitatum, extant & reperiuntur ea ipsa in Digestis, vide *eod. titul. de gradibus vbi in sæpè d. leg. 4.*

Post hæc nunc videamus, quomodo ipsi gradus in cognatione, & affinitate obseruentur, distinguantur & numerentur, & imprimis de vera & antiqua numeratione Iurisconsultorum, sine qua saltem ne cætera quidem intelligi possunt. Gradus numerare Paulus Iurisconsultus & Imperator Iustinianus, imò, vt apparet, vir DEI Moyses sic docent: Vt, si voles scire & cognoscere, quoto gradu cognatus, alter ab altero siue ille, de cuius negotio quæritur, quem vocant Hypotheticum aut Titium, ab altero distet? Discas principio numerare, & sic deinceps per singulos proximum quemque siue ascendendo, cum de parentibus quæritur, siue descendendo de liberis, quod inuenies ab eo ipso generationes (nempe nouas, quæ nouam habitudinem, nouam relationem & effectum inducunt) & tot inter ipsos esse gradus, siue tot gradibus alterum ab altero distare. Et quod ad transuersam attinet cognationem, tenendum idem est, vnam ex superiore cognationem siue ex parentibus descendere, quod supra indicatum est. Itaque dum hæc ita de generatione graduum quæruntur, non poterimus rectà vel ascendere vel descendere, sed prius oportet ab vno veluti à Titio, de cuius cognatione quæritur, ad communem vtriusque generationis parentem, & veluti proximum originem, quem vulgo vocant stipitem, ascendere, & ab eo iterum in diuersum gradus, in aliam personam, de qua simul quærebatur, descendere,

& sic per generationes personarum gradus obseruare. Sic enim semper inueniemus quoto gradu alter ab altero distet. Verbi saltem gratia: Titius à proauo, Augustus Elector à Friderico II. Electore distat tertio gradu Nam ab Augusto ascendendo ad Fridericum inueniuntur generationes tres. Augustus genitus est ab Heinrico, Heinricus ab Alberto, Albertus à Friderico. Eadem prorsus ratione distat descendendo Titius à pronepote, Fridericus ab Augusto, Maximilianus I. à Maximiliano II. Titius à suo fratre, Mauricius Dux ab Augusto secundo est gradu. Et rursus Titius à consobrino, Maximilianus II. à Philippo Rege Hispaniæ quarto est gradu, nimirũ quatuor inter hos sunt generationes, ascendendo ad stipitem. Ideoque rursus descendendo, puta Maximilianus genitus est à Ferdinando Imperatore, Ferdinandus à Philippo Duce Austriæ, atque hic stipes est. Nunc ab eodem Philippo natus est Carolus V. à Carolo V. is Philippus Rex Hispaniæ. Itaque regula catholica perpetuæ numerationis apud I C. est hæc: *Quot sunt generationes, tot sunt gradus.* Siue, *quota generatione distat alter ab altero, tot distat gradib.* Et in linea quidem recta ascendentium & descendentium primum habent gradum; in transuersa nullum habent primum, sed principium faciunt in secundo. *ita in l. Item 10. §. ad quod sumus. & §. secundo gradu. D. de grad. & infra lib. 3. eod. tit.* Vulgò in hac numeratione sic dicunt: *Quot sunt personæ, tot sunt gradus, dempto stipite.*

Iam videndum de gradibus in affinitate. I C. dicit: affinitatis gradus nulli sunt. *l. 4. D. de gradib.* & rectè. Gradus enim, vt dixi, sunt ex generatione, siue sunt generationes; affinitas autem ex generatione non est. Attamē imitamur, vt supra monui, in accessionibus naturam. Itaque in nuptiis mutuamur gradus ab ipsa cognatione. Et sic dicimus: Quoto gradu est mihi consanguineus, eo ipso vxori meæ affinis est; puta, frater est mihi consanguineus, vt supra didicimus, gradu secundo; ergo eius vxor gradu secundo & proximo mihi affinis est. *d. l. 4. §. gradus. & ibi gl. item l. 10. in princ. D. de grad.*

Nunc videamus de numeratione noua & pontificia. In linea directa nihil illi noui proponunt; verum in linea obliqua collateralium dicunt ipsi, alterum ab altero ita distare, vt distat à stipite; & proinde faciunt etiam hic primum gradum, vt inter fratres, & faciunt duas regulas. Aut enim est illis linea æqualis, aut inæqualis. Si erit ab vtroque latere, idem numerus personalis, vt inter consobrinos: aut si ab vno latere plures sint, siue numerentur personæ, vt inter Titium, siue inter me & fratris filium. Et si linea æqualis est, dicunt: *Quoto gradu alteruter distat à stipite, tot gradibus distant inter se, de quib. quaritur.* Sin inæqualis sit, aiunt: *Quoto gradu remotior distat à stipite, toto gradu distant inter se.* Verbi gratia: consobrinus meus vnà mecum distat à stipite secundo gradu, dicũt igitur, nos secundo gradu distare. Frater distat primo gradu à stipite; ergò & à me. Fratris filius distat secundo gradu à stipite, id est, ab auo suo; dicunt itaque, illum, puta fratris filium, à me, & me ab illo secundo esse gradu. Quid igitur illis venit in mentem? Dicunt, ad nuptias duas concurrere, & duas requiri personas, ideo ex duabus personis vnum fieri gradum. vide *in c. ad sedem 35. q. 5. & in c. fin. de consang.* Hoc verò quantum ad causam pertineat, vt ipsi ideò aliam rationem numerandi gradus obtrudant, diu inuestigans nondum reperire potui. Possem aliquid magis ad eam rem accommodum indicare, sed mittamus ista, in quibus fortè nō est tantum momenti. Istarum tamen rerum (si placet etiam in rebus minoribus solida doctrina) diligentiorem explicationem inuenies apud alios. Nos pergimus, nec putamus necessum esse, hoc etiam pluribus indicare, quando isti ita numerant gradus cognationis, numerare eos itidem sic gradus affinitatis, vt, frater est illis in primo gradu cognationis, & proinde fratris vxor in primo

mo

mo gradu affinitatis. vide *in cap. æqualiter 35. quæst 2.*

Nunc igitur, quando vidimus locum omnem de Cognatione & Affinitate, & de gradibus, inspiciamus paululum gradus in iure diuino prohibitos, & præcipuè casus quosdam controuersos. Inter patrem, matrem, filium, filiamque nullo modò consistunt nuptiæ; & abhorrent etiam bestiæ nõnunquam à tali commixtione, vt nuper dixi. Eodem modo prohibentur nuptiæ inter auum & eius neptem, ita disertè in textu, vbi additur ratio, *quia pudenda tua sunt*, quasi dicat, quia propè nostræ ipsæ personæ sunt. Et quis tam delirus erit, qui, quod dictũ est de nepte, idem non iudicet intelligendum de auia & nepote, quod, breuitatis saltem causa, sexus sexum comprehendat? Quis etiam tam erit pertinax, qui non concedat ex natura relationis, quando dicitur, *neptem tuam non duces*, rursus id intelligi, *auo tuo non nubes, &c.* Porrò & ratio legis & alia multa facilè efficiunt, vt hæc prohibitio inter parentes & liberos valeat in infinitum, vt supra dixi.

Sed nunc ad eos, qui sunt à latere. Sororem prohibet ducere textus; ergo non soror nubet fratri, vt supra. Et hi sunt inter se secũdo gradu à stipite primo. Posteà prohibet textus, ne quis materteram & amitam suam ducat: vnde nec matertera nec amita nepoti ex fratre sororeuè nubere dicitur, necessaria relatione; & hi sunt inter se tertio gradu; vt Pontificii numerant, distant secundo gradu lineæ inæqualis. Quid verò hic dicemus? An neptis auunculo nubere, auunculus neptem ducere potest, quod nunc videmus tẽtari & fieri? Ego sanè miror, hominibus eruditis & bonis hoc venire in mentem, vt, quod dictum est de vno, non valeat in alio, vbi est similis ratio, & diuersitatis ratio nulla ad rem pertinens dari potest. Et ecce prohibet post idem textus, ne quis patrui sui vxorem ducat. Quod si patrui coniugem non licet ducere ex affinitate, apparet, non licere ipsi patruo nubere, & per consequens nec auunculo. Placet itaque vt iterum dicam, nõ de personis strictim ibi numeratis istum locum intelligendum, sed de aliis etiam ex similitudine rationis, adeoq; de gradibus, vt inter collaterales, si distant à stipite primo, debere intelligi; aut si alter etiã secũdo gradu, non contrahantur nuptiæ, sed tum, cum vterque distat à stipite secundo gradu inter se quarto. Sic Iacob Patriarcha ducit Rahel consobrinam. Sic Maria virgo domini despondetur Iosepho consobrino. Et Maximilianus Imperator duxit Mariam filiam Caroli V. patrui, sororem Philippi Regis Hispaniæ. Et in hac sententia acquiesco, quam verè sanctus Melanchthon probauit, & sequuntur Consistoria nostra. Et quod dictum est de consanguinitate, id eadem ratione intelligatur de affinitate. Et ideo non valebũt nuptiæ cum nouerca aut priuigna, cum priuigna & vitrico, cum nuru & socero, cum genero & socru, cum priuigni filia, &c. vt supra de ascendentibus & descendentibus diximus, cum fratria, quæ est fratris vxor, cum vxoris suæ sorore, cum patrui coniuge, & similibus, secundum gradus notatos. Videmus autem & hoc nostra ætate factum esse & fieri. Et imprimis alius fratris vxorem ducit (vt fecit Rex Angliæ) alius vxoris sororem, affines primi gradus ad stipitem (vt fecit Rex Poloniæ) & de his quæsitum est. Primum de vxore fratris non ducenda in Leuitico expressus est textus; nec obstat, quod alibi de vxore fratris ducenda textus sit. *Deut. 25.* Id enim intelligendum erat eo casu, si frater sine liberis discessisset & tunc saltem lex politica erat. Scio etiam, alios aliter & fortassis rectius respondere de vocabulo fratris, quod est generalius. Quod ad vxoris sororem attinet, mihi iterum videtur, salua reuerentia aliorum, absurdum esse, quod in fratris vxore statutum est, idem non velle intelligi in vxoris sorore. Nec mouere debet, quod inquit textus in Leuitico de vxoris viuentis sorore, vbi post res iam satis definitas

annectit alium casum, pertinentem ad prohibitionem illiberalis polygamiæ. Et ita quidam non malè videntur respondere. Et nunquid quæso abstinendum est ab amita, à matertera, quæ distant à stipite gradu secundo? Et non est abstinendum à sorore marito, cum soror à stipite sit gradu saltem primo? An affinitas nulla est, vel nihil est? An non est verum, maritum & vxorem vnam quodammodo fieri carnem? quod ad eam rem bene citauit Augustinus *cap. si vir. 35. quæst. 2.* Imò si patrui vxorem non liceat ducere, & licebit tamen sororis marito nubere, aut vxoris sororem ducere? Sic sanè, dicent, auunculi quoque vxorem ducere licere, & multa similia, quæ non sunt expressis verbis in lege. Sed faciunt homines vt solent, qui habent malam causam, non volunt se & sua facta accommodare ad scripturam, sed contra scripturam ad suum ingenium & affectum; & ita inter Scribentes quærunt, si quis sit, qui vxorum negocio & affectui inseruiat, cæteros omnes, etiamsi veram scripturæ vim & sententiam proponant, reiiciunt. Verùm dixi iam me proponere sententiam Theologorum nostrorum & Dominorum Consistorialium, quam & alii Theologi docti & pii suis scriptis probant. Sed tandem posset etiam hoc obiici, esse hæc quidem in prohibitione eius legis, sed non esse eam totam legem, vt in his casibus moralem, verùm partim politicam, & posse proinde dispensari, vt dicebant magni etiam Iurisconsulti, Baro & Duarenus. Verùm totam moralem indicabit ipse contextus totus, si quis attentè, & cum iudicio eum legat. Habeo sanè & firmum pro ea re, vt puto, argumentum, nisi abstinendum mihi esset à pluribus dictatis, & relinquendum est etiam aliquid priuatis discentium exercitiis. Et deberent Auditores & discipuli modestè cum docentibus conferre. Sed obstat plerunque vel studium rectè discendi, vel inanis persuasio scientiæ, taceo de malitia & ingratitudine multorum. Atqui, quod ad rem attinet, iterum hic in sententia sancti Melanchth. acquiescere malo. Et quid quæso tandem in tanta hominum & personarum copia cupimus sequi dubia saltem, propter causas nescio quales, nisi quod nitimur in vetitum, & propè nec homines nec DEVM reueremur?

Satis de cognationibus & affinitatibus, & earum gradibus, & quomodo & quàm variè ob hanc causam arceantur homines à nuptiis. Videndum nunc ordine de aliis nonnullis nuptiarum impedimentis, tam ex iure ciuili, quàm Canonico, tum legitimis, tum nō satis probatis & illegitimis. Et principio, (de quo iam ante etiam monui) inter parentes & liberos, propinquosq; etiam adoptiuos ius nostrū prohibet nuptias; quod non caret ratione iusta. II. Ne tutor pupillam suam ducat, constitutum itidem est; sed nec liberis suis eam coniungere debet, idque certas ob causas ciuiles, nempe ob fraudem rationum. Sed tamen hę causæ tolli ante & emendari possunt, si rationes reddātur. vide de hoc *tit. C. de interd. matrim. inter pup. & tut. seu curat. eiusq; liberos. item l. SCto 59. D. de ritu nupt.* III. Ex sponsalibus quidem propriè nō est affinitas: nā affines sunt viri & vxoris cognati, vt supra, *l. si qua 12. §. 2 D. de ritu nupt.* Obstant tamen sponsalia nuptiis, nēpe non modo vxorem patris tui nō duces, sed & à sponsa patris abstinere debes idque propter publicam honestatem, quod sponsa proxima sit vxori. vide *infra, eod. § si vxor.* IV. Iam nec inter liberos & seruos valuerunt nuptiæ, *vt infra & in l. cum ancillis 3. C. de incestis nupt.* V. Olim etiam inter plebeios & patricios siue senatores, id est, inter nobiles & ignobiles, non contrahebantur iustæ nuptiæ, vbi obstabat inæqualis personarum cōditio. vide *l. lege Papia 23. D. de ritu nupt. cum simil.* Et videmus etiam hodie difficilè tolerari has nuptias, inuitis præsertim parentibus. Dixi supra de eo: *Si vis nubere, nube pari.* VI. Sed nec inter peregrinos, hoc est, Romanum & non Romanam olim permitteban-

bantur iustæ nuptiæ, infr. & Boëtius *in Topic. Cic.* VII. Sed & diuersitas Religionis obest nuptiis, ea specie, ne Christiani misceantur Iudæis *l. ne quis Christianam. C. de Iud. & vide de hoc 28. quæst. 1. vbi in c. Iudæi.* Dixi amplius supra alio loco. VIII. Præterea Pontificii Sacramentum suum Ordinis, vt vocant, hoc est, ritum & ceremoniam, ministris Ecclesiæ impedimentum volunt esse matrimonio, nempe, si quis ita sit ad Ecclesiasticum ministerium aggregatus, saltem maioribus ordinibus, vt ipsi vocant, eum volunt perpetuo abstinere à coniugio, quod & vouendum est, vide de hoc *ti. Decretalium. Qui clerici vel vouentes matrimonium contrahere possint. item tit. de clericis coniugatis libr 6.* Et in decreto *causam 27. quæst. 1. cum simil.* Monachos itidem & Moniales, etiamsi nondum sint his ordinibus consecrati, à matrimonio arcent, propter idem votum, quod faciendum est illis, de quibus *prædict. illis locis.* Atque ausus fuit impurus ille Pontifex Siricius de matrimonio intelligere illud Pauli Apostoli: *Hi, qui in carne sunt, Deo placere non possunt.* Sed horum vanam etiam inconstantiam argutè ostendit quidam Theologus. Sed de cœlibatu itaque sacerdotum consentiunt etiam leges ciuiles Iustiniani Principis, de quibus vide *Nouel 6. c. 13. Nouel. 133. c. 29 item Nouel. 5. de Monachis.* De his igitur post reformatas ad præscriptum verbi DEI Ecclesias, quæsitum est. Sed breuiter, quando de his extant integra scripta nostrorum præceptorum, vt in locis communibus domini præceptoris Phil. Melanch. in confessione Augustana & eius Apologia, & alibi sæpius, non modò non fuit antiquitati & veteri Ecclesiæ hoc impedimentum nuptiarum perpetuum notum, vt sæpè legimus & audimus in repetitione & lectione antiquarum historiarum; nec ipsi Pontificum Canones de hac re sibi consentiunt, de quo vide saltem *distinctionem 31. & distinct. 56. cap. pen.* Sed pugnat etiam ea perhibitio cum verbo DEI, cum lege & natura. Et ideo intelligi potest, quid de hisce constitutionibus sentiendum sit. Iubet Paulus vnà & Christus ipse, vt, *Si quis non continet, vxorem ducat siue nubat in nomine domini,* vide 1. *Cor. c. 7 & ibid. 9. ad Heb. vlt item 1. ad Timoth. 3 & 4. ad Titum & Matth. 19. & Sapien. 8. sed & Genes 1.* Ergo sanè hæc impedimẽta & eiusmodi cœlibatũ nostræ Ecclesiæ meritò repudiant. IX. Rursum finxerunt Pontificii cognationem quandam spiritualem ex eo iure amicitiæ, quod nascitur ex præsentia & fideiussione amici in baptismate infantium nostrorum. Quod sanè ius amicitiæ non est minimum, sed tamen ex eo ipso causam aliquam prohibitionis in nuptiis excogitare non admodum fuit necessum. Et de hac prohibitione, quousque se extendat, vide apud eos *in tit. de cognat. spirituali. in Decretalibus Communib. libro sexto.* Equidem & ipsi etiam Imperatores prohibent nuptias inter susceptorem & susceptam, quòd videatur esse spiritualis pater, ita Iustinianus *in l. si quis alumnam 26. Codic. de nupt.* Sed tamen nostræ Ecclesiæ & Consistoria hanc spiritualem cognationem in hac re non recipiunt. Et hactenus de variis impedimentis nuptiarum, ex personis aliisque nonnullis causis, de quibus monuit Glossographus *in §. penult. hoc titul.* Nouissimè etiam, quod ad hoc caput attinet, sciẽdum illud in vniuersum pulchrè dictum esse à ICtis, semper in coniunctionibus non modò quod licet, sed & quod honestum est, spectandum erit. *l. semper in coniunct. 42. D. de ritu nupt.* Videndum tamen rursum, quæ sit singularis aliqua & publica honestas, ne huius rei & tituli prætextu nimii simus in prohibẽdis nuptiis. Cogitandum sanè alioqui erit homini pio de eo, quod scribit Paulus ad Philippenses 4. *Vt si quid pulchrum, si quid honestum, id sequamur.*

X. Porro verò ad hunc locum etiã hoc addi potest, si quis quæuè vnam vxorẽ vel maritũ vnum habet, nõ posse eum eamuè aliud matrimoniũ contrahere, & ita prohibetur polygamia. *l. 1. D. de his qui not. inf. l. neminẽ 2. C. de*

C. de incest. nupt. l. etem, qui duas 18. C. de adult. & infra in text. Et omninò, ne vna fœmina plures maritos habeat, euidens ratio efficit. Nec enim hoc sine adulterio potest fieri, quod lege naturæ prohibitum est. *l. probrum 42. D. de verb. sign.* Viris tamē sæpè licuit plures habere coniuges, & videtur ea polygamia lege Mosaica permissa fuisse. Notari possunt non modò exempla sanctorum Patrum, & quod nusquam disertim reperiatur prohibita polygamia olim, sed & textus nuper citatus *Leuit. 18. de vxoris sorore.* imo text. *2. lib. Samuel. c. 12. de Dauide.* Sed tamen posterioribus legibus, & omnino iure nostro ciuili prohibita est hæc polygamia, vt iā dixi. Verùm de hac disputatione iam iam, cum agemus de exemplis Patrum. Nunc prius, quando de polygamia egimus, addamus de iteratione nuptiarum, quādo & de eo quæsitum fuit, nempe, *an omninò multiplici matrimonio vti liceat?* Ergò sanè, etsi polygamiā vti non licet, tamen mortuo alterutro toties matrimonio vti licet, quoties lubet, idq; ex Paulo 1. *ad Corinth 1. c 7.* satis cōstat. Et proinde falsum est, quod apud Constantinum legitur *lib. 4 ti. 7.* quartas nuptias lege diuina esse prohibitas. Sed & *in c. de his 31. q. 1. & in c. 1. de secundis nuptiis*, scribitur, ministros ecclesiæ secundis nuptiis nec interesse debere, nec iis benedicere: Verùm id alium habet sensum, nempe respicit ad polygamiam, vt & glossa indicat. Alioquin oppono *c. fin. d. causa 31. quæst. 1. & c fin. de secund. nupt.* Illud tamen hic addendum, fœminam ad annum virum suum lugere debere, alioquin incurrit pœnam infamiæ & alias nonnullas, licet sanè extra has pœnas infamiæ nubere omninò volenti permittant Pontifices. vide *l. 1. l. liberorum 11. D de his qui not. inf l. 1 & 2. C. de secundis nupt. nou. 39. d. c. final. de secundis nupt. & ibi gl.*

Nunc tandem videamus aliquando de exemplis Patrum, quæ nobis sæpius obiiciuntur. Obiicitur, quod sancti patres contra prohibitionem illam *capit. 18. in Leuitico*, vsi sint matrimonio, siue contraxerint matrimonium. Abraham vir sanctus duxit filiam fratris Saram, vbi neptis nupta est patruo; quod quidem expressis verbis in lege non prohibetur. Itaq; hodiè etiam Iudæi ab his nuptiis non abhorrere dicuntur, sed tamen de talibus dixi supra. Atqui sunt etiam, qui putant, fuisse verè sororem Abrahæ, sed ex alia matre, quod sanè disertè prohibetur *Leuitici 18 vers 9.* Iacob Patriarcha vxoris suæ sororem habuit, de quo casu supra. Loth cōcubuit cum propriis filiabus (quanquam hoc exemplum adducere nihil attinet) vide *Genes c. 11. item cap. 19. item causam 35. quæst. 1.* Obiicitur rursus, quod vsi sint polygamia, vt idem Iacob, Dauid, & alii, &c. Sanè communis est & consentiens Theologorum sententia, etiam sanctos illos homines habuisse suos quosdam in vita næuos, sua errata, & procuidubio, vt fit, malis exemplis peruersi, & impii mundi semper aliquid vitii sibi attraxerunt. Viderunt apud vicinos populos, vicinasque gentes talia pro more quodam fieri; & sic decepti sæpè sunt etiam sancti, præsertim cum non extaret manifesta legis sententia, consuetudine populorum, inter quos versabantur. vide f. m. Philip. Melanch. *in fine Ethicorum, in loco de consanguinitate. Item in locis communib. & in Examine in loco, de coniugio.* item Augustinum *in c. Cum igitur 35 q 1.* Non igitur ad hæc Patrum exempla nobis respiciendum erit; & quomodocunque sit, quomodocunque se res habeat in causa Patrum, si fortè ista nondum satisfaciunt, habemus postea certam, descriptam & notatam legem *in dict. cap. Leuitici.* vbi est expressa Dei voluntas. *Legibus iudicandum est non exemplis.* Vbi grauiter peccari solet κακοζηλείᾳ. Sed plura nunc etiam dicemus de polygamia. Nam quod ad hanc præsertim attinet difficilior paululum etiam est quæstio. Etsi verum est in Mesopotamia, & Oriente & alibi, quædam indigna, & polygamiam itidem vsu propè & pro more politico inualuisse, eamque imitatione quadam ad huac

hunc populum Dei, & ad sanctos etiam errore quodam peruasisse: tamen & hoc constat, in scripturis polygamiam non fuisse disertè prohibitam, nec quod plus est, sancti Dei Prophetæ vsque leguntur obstitisse aut reclamitasse, & citaui nuper textum *2. Regum 12 de Dauide. &c.* Sunt etiam, qui dicunt, Deum ipsum pro conditione illorum temporum, pro necessitate in eo populo, & quidem propagationis causa tacitè quasi remisisse legem, quam alioquin dederat ab initio, de quo posteà, & id antiquissimos istos spiritu Dei, quo erant prædíti, intellexisse; sic autem deinceps & alios nonnullos posteriores malo quoque more exempla suorum patrũ secutos. vide *in c. gaudemus. de diuortiis. vbi notatur.* Et hęc solutio placet Petro Martyri Theologo, quæ placet etiam Phil. Mel. quẽ vide *in d. loc. in fi. Ethic.* At verò deinceps expressior & certior lex est data, quæ in vniuersum proposita est omnibus, quæ ad omnes pertinet, omnes obstringit. Et quoad incestas nuptias cum personis prohibitis, habemus expressam legem *Leuit. 18.* & veteribus etiam dictum erat: *Relinquet homo patrem & matrem. &c.* Quo ad polygamiam, extat ipsa institutio, & archetypus primi cõiugii: *Hæc*, inquit, *nunc est os ex ossibus meis, &c. Propter hoc relinquet vnusquisq; patrem & matrem, & adhærebit vxori suæ, eruntq; caro vna.* Atque Christus ipse, cum iam plures essent homines, legem coniugii contra corruptelas, contra abusus & falsas interpretationes vindicans ad archetypum illum rem omnem reuocat, & nominatim dixit: *erunt duo in carne vna.* vide *in d. c. gaudemus. de diuortiis.* Possent & alia argumenta adduci ex Hieronymo & similibus. Atqui vt supra diximus nostris legibus nominatim omnis polygamia sub graui pœna prohibita est. Sed de pœnis postea. Ergò etiam cessantibus nunc illis causis, cessante necessitate tali, exempla talia Patrum contra legis sententiam non imitabimur, nec excusemus nos his exemplis, sed ad legem respiciamus. Et cum ea lex personas, de quibus controuertebatur, & similes etiam contineat, vt probaui, & spero amplius manifestius me probare posse, cum naturalis & moralis sit, nequaquam contrahamus eiusmodi nuptias, ne exuscitemus in nos iram Dei, quæ iam dudum exarsit propter alia infinita & grauia peccata huius mundi, & variorum irrisorum in hoc extremo seculo.

Nunc deinceps ad alia, suo quodam ordine. Et postquam hucusque vidimus, quæ & qualis debeat esse coniunctio, & quarum itidem personarum in legitimo matrimonio, nunc tandem videndum est de effectu quodam huius coniunctionis, & de iure ac potestate mariti in matrimonio, de quo nos admonent etiam verba in definitione Modestini, dum inquit: *Diuini & humani iuris communicatio, consortium omnis vitæ, &c* Poteramus autem de his rebus & de hoc capite prolixè dicere, excutiendo & examinando singula, sed breuitatis causa verbis paucioribus ista attingam, & locos Auctorum saltem indicabo, modò non desit, vt nuper dixi, studium rectè discendi, &c. Porrò ex hoc ipso etiam loco, vt hoc saltem indicem, notare poterunt pii, quodnam sit sanctum felixque coniugium? quod demum verè est imago fœderis inter Christum & Ecclesiam, de quo *ad Ephes. 5.* quis bonus & pius maritus sit? quæ bona vxor? Ergò imprimis inter coniuges ea videtur esse contracta societas, vt ambo sint vnum, & sit vxor quasi pars viri, hæc ad illum, illa ad eum alligata sit, vt deinceps non habeant singuli potestatem sui corporis, vt simul sufferant bona & mala, se inuicem complectantur mutua fide & amore coniugali, & hunc amorem, hanc fidem nullatenus diuidant; & sit tamen interim in hac societate maritus caput, non quidem ad tyrannidem, non ad herile imperium, sed magis, vt sub eius vmbra & præsidio lateat vxor, vt marito subdita sit & obediat, eumque honeste ac reuerenter timeat. Vbi sciat etiam maritus, multa sibi erga vxo-

I rem

rem vtendum ἐπιεικῶς, & errata quædam & alia in infirmiori sexu patienter dissimulãda. Atq; de his omnibus & tam multis licet repetere tum ex legibus nostris *l. quod si viro 2 D. de iniur. l. consensu 8. Cod de repud. & sim.* tum ex Philosophis, Aristot *libr. 2. Oeconomicorum. c. 2. lib. 8 Ethic. c. 10.* (Terent. *in Andr. actu 1. scen. 5.*) & maximè ex diuinis literis *Gen 1. & 2. Malach 2 Prouerb. 2. Matth. 19. ad Rom. 7 1. Cor 7. ad Ephes. 5. ad Colos. 3. 1. ad Timoth. 2 ad Tit. 2. 1. Petr. 3.*

Hic nunc aliqua in iure singulariter quæruntur: *Anne vxorem* non talem, qualem descripsimus, sed morigenam, *infelix maritus emendare & verberare iure possit? Et, quid alioqui iure ciuili de malitia & sæuitia mariti*, qui non est talis, qualem nunc voluimus, sed potius velut domesticus quidam latro *constitutum sit?* Olim equidem ob eiusmodi vel mariti vel vxoris vitium licuit vti infausto illo remedio repudii, potuit maritus talem vxorem à se impunè repellere, & vxor ob sæuitiam mariti ab eo discedere, vide *in d. l consensu. C. de repud.* Et huc etiã pertinet Syrac. *c. 25.* Sed nunc aliter ista se habent, vt suo loco audiemus. At vero hodiè, auctore Iustiniano, si mulier ita grauiter in maritum peccet, vt olim etiam ob id ab eo repelli potuisset, potest impunè à suo marito verberibus emendari. *ita in Nouel. 117 c. 14.* Hoc tamen intellige, vt tamen modum etiam seruet; & ita intellige quod tradunt DD. post Accurs. talem potestatem, qualis data est præceptori in discipulum, videri etiam datam marito in vxorem, nempe sanè, ne quid faciat sine causa & supra modum, notatur *supr. tit 8* vbi Accurs. qui citat *l. sed & si quemcumq; 5. §. fin. D. ad l. aquil.* Adulteram deprehensam olim impunè occidere licuit; nunc sanè ob hoc licet vti diuortio, de quo suo loco. Quòd si verò aliàs accusari possit nimia mariti sæuitia, iubet Iustinianus vt ob hoc cogatur is maritus verberator vxori verberatæ tantum ex aliis suis bonis dare, quantum est tertia pars donationis ante nuptias, *dict. Nouel. 117.* Sed & si vxor ob id à marito discesserit, ita demum ad eum & eius consuetudinem redire cogitur, si ei sufficienter caueatur à marito, quod non sit amplius ea aut tali immanitate vsurus, *cap. 8. & cap 13 §. fin. ex. de restit. spoliat.*

Iam amplius quæritur, *an & quomodo vxor sit in potestate viri, & an inter coniuges sit contracta bonorũ societas?* Sed de his ad suum locum, vbi nũc ordine dixerimus de iis, quæ sunt in verbis definitionis. Cum inquit, *Consortium omnis vitæ, &c.* hoc omne in summa ostendit, vxorem transire & cooptari in omne ius mariti, in eius familiam, nomen, dignitatem, sacra, eius sequi incolatum, forum, domicilium, &c. Et hæc habes *in l. cum quædam 19. D de iurisdict. l. exigere 65. D. de iudiciis. l. mulier 13. Cod. de dignitatib. libr. 12. l fœmina 8. D. de senator. l. filii libertorum 22. cum sequenti & l. vltim. D. ad municipalem, & de incolis l cum te. 10 Cod. de nupt. l. vnica C. de mulierib. in quo loco mun sexui congru. & honores agnosc. Nouel. 105.* vide & Agellium *libr. 13. cap 10. libr. 18 cap. 6.* Et præsertim hoc etiam tenendum est, mortuo quoque marito, quamdiu in viduitate est fœmina, & iterum non nubit, censeri eam iure & dignitate, priuilegioque prioris mariti. *dictis legibus.*

Nunc quod ad potestatem attinet, de hoc magna est varietas. Veteres omnes mulieres in potestate tutorum esse volebant, vt licet videre apud Cicer. *in orat. pro Murana*, quod & iure Longabardico obtinet. Nonnulli volunt mulierem mariti quasi tutoris aut curatoris cuiusdam potestati subiici, vt nullum ferè negotium sine consensu & auctoritate mariti sui possit agere siue contrahere; id quod scribit Cæsar *libr. 6. de Gallis*, & sequuntur itidem Longobardi. Item & Saxones quoque, apud quos vide *lib. 1.* **Landtrecht** *1 articul. 31. & 45.* Ista sanè iure nostro Rom. non obtinent, vbi mulier suo arbitrio res suas administrat, de quo *in l. velles 6 C. de reuocandis donat. l. si vxor tua 12. Cod. de pig. &*
hat

hac lege 8. *C. de pactis conuentis super dot.* Et quidem iure hoc Romano propter nuptias non mutatur patria potestas, nec transit (vt concludam) mulier in potestatem mariti, vide *l. si vxorem* 5 *C. de conditionib. insertis.* Quidam solent sic dicere, vxor est in potestate mariti, quoad debitum carnis, notat glos *ad tit. de SC. Tertylliano infr.* Sanè hodie tamen morib. & consuetudine quadã aiunt, per matrimonium dissolui patriam potestatem, vt sic in potestate parentis amplius non sit fœmina, sed potius mariti. Alia tamen est potestas patria, alia mariti, vt hoc addam propter eos, qui satis ineptè solent generaliter sic cõcludere. Vxor est in potestate mariti: Ergò potest eam verberare & tractare suo libitu. Hic solet & illud quæri: *an vxor teneatur omninò maritum proficiscentem, siue discedentem, fortè ad aliud domicilium, sequi?* Ad hoc allego & adduco *cap si quis necessitate* 34 *quæst.* 1. vbi dicitur, vxorem maritum suum quacunque ex honesta causa recedentem in alium ducatum seu prouinciam sequi debere; vagabundum autem, veluti histrionem, sequi non oportere, nisi scienter cum tali contraxit. Quidam referunt etiam huc dictum illud: *Relinquet homo patrem & matrem, &c.*

Quod attinet ad societatem bonorum, breuiter. Apparet sanè, societatem bonorum inter coniuges contractam videri, quoad viuerent, de quo Dionysius Halicarnassæus, & scribitur hoc itidem de Gallis. Obtinet hoc quoque apud Saxones, *vt prædict. articulis.* & in iure nostro vide *l.* 1 *D. rerum amotarum* Et huc etiam putant quidam pertinere prohibitionem donationis inter virum & vxorem, vide Alciatum *lib* 3. *dispunct. c.*34. sed tamen ius nostrum videtur esse varium. Et de his hactenus.

Iam amplius adhuc ex iustis nuptiis est, & fuit sanè olim, solum ius legitimi heredis, de quo vide *Nouel* 89. Rursum ex patrio hoc iure, nempe mariti, hoc etiam venit, quod qui nascuntur liberi, in patris sint potestate, de quo agebat tit. præcedens. Item patrem sequantur, non matrem, quoad dignitatem, familiam, nomen, ciuitatem & originem. A patre etiam potissimum ali debent, de quib. omnib. *in l. liberos* 10. *D. de sen. l. cum legitim.* 19. *D. de stat hominum. l.* 1 *l. assumptio.* 6. *D. ad municipal & de incolis. l exempl* 36. *C. de decurionib lib* 10. *l. filios* 3. *C. de municip. libr* 10 *l familia* 196. *D de verbor. sign. l si quis à liberis* 5. *D. de liberis agnos. & alend* Quod dixi, maritũ & patrem alere ipsam familiam, vxorem & liberos debere, tenendum est, ad sustinenda tamen ista matrimonii onera dotes ab vxoribus cõferri, quod scribitur *in l. dotis fructum* 7. *D. de iure dotium. & l pro onerib* 20. *C. de iure dotium* Et quidem, vt alibi dixi, sine dote matrimonium etiam esse potest, sed tamen plerunq; eæ conferuntur ad sustinenda ista onera, & nunc paucis quędam hic etiam addantur de iure dotium, quæ inseruiunt nuptiis.

Dotem confert vxor vel à patre datam, vel aliunde. *leg. profectitia* 5. *D. de iure dotium*, eius dominus efficitur maritus ad lucrandum, vt dixi, fructus *leg. quamuis D. de iure dotium l. in reb.* 30. *Cod. ibidem.* Reuera tamen manet dominium dotis penes vxorem, vt sit tandem ei ipsa dos salua. Nam & Reipubl. interest mulieribus dotes suas saluas manere. *leg. prima. & secunda. D. de iure dotium. leg* 1. *D. soluto matrimonio quomodo dos petatur. d l. quamuis. & d l. in rebus.* Vt autem magis vxori de ea ipsa dote cautum sit, confert maritus vicissim donationem, quæ dicitur donatio propter nuptias, *leg. vltim. Codic. de donation. propter nuptias. & infra de donationibus.* Amplius etiam eius securitatis causa omnia bona mariti tacitè & ipso iure vxori oppignorata sunt. *Codic de rei vxoria action leg vnica. § secunda.* Et in ea ipsa etiam hypotheca mulier omnibus aliis creditoribus anterioribus præfertur, idque siue tacitam siue expressam quoque hypothecam ii habeant. Quanquam de hoc postremo disputatum est, de quo

pluribus suo loco. *l. assiduis 12. Cod. Quid potiores in pig. hab. & ibi gloss. & infra de act. §. fuerat antea.* Porrò in dotalibus & donationibus his mutuis æqualitas seruari debebat. Sed fiunt in his varia pacta de lucrandis iis vel earum parte, quæ itidem æqualia esse debebant, quanquam hodie hæc æqualitas non per omnia seruatur, vide *C. de pactis conuentis super dote, vbi in l. ex morte 9. & l. si constante. pen. item l. vltim. Cod. de donat. propter nupt. & Authentic. æqualiter. & ibi gloss. d. tit. de pactis conuentis super dote, in iure Sax. lib. 3. artic. 75.* Et non modò est vsus harũ dotium & donationum in iis, de quibus diximus, in sustinẽdis oneribus matrimonii, in securitate & compensatione, in pactis conuentis, sed & in diuortiis.

Et de his nunc etiam ordine dicemus, admonentes rursus de verbis definitionis. Habet definitio: *consortium omnis vitæ, Item: Indiuiduam vitæ consuetudinem continens.* Significat igitur hanc coniunctionem & societatem esse inseparabilem, nullo modò dissolui ac diuelli posse, nisi sola morte, quæ omnia dissoluit. Et Accursius omninò affirmat indiuiduam esse, quoad animi affectionem. Ne autem prolixior sim in repetendis historiis & antiquitatibus, quomodo initiò leges Romanorum fuerint seueriores? quomodo & quando, & qua ex causa primum diuortium cœperit? de quibus potestis alios audire, videte interim Paulum Manutium *in antiquit. legum Roman.* & alios similes auctores. Item Agell. *libr. 4. cap. 3.* Illud dicam breuiter, postmodum laxatam disciplinam esse, & diuortia nimis leuiter, nimisque frequenter esse vsurpata, vt & à populo Iudaico, vide & considera *leg. si pœnituit 7. D. de diuortiis.* Ac Principes præsertim Christiani, Theodosius & Iustinianus, cœperunt hanc intemperiem emendare, & certas easque graues causas enumerare, ob quas demum diuortium permittendum esset, de quibus potissimum *in leg. consens. 8. cum Authentic. sequenti. Cod. de repudiis, item in Nou. 22. & Nou. 117. cap. octauo cum sequentib.* Et recitantur in posterioribus constitutionibus in summa causæ hæ. 1. Si mulier conscia sit de commisso crimine læsæ maiestatis. 2. Si adulterio conuinci fortè possit. 3. Si vitæ mariti insidiata sit. 4. Si agitet conuiuia aut lauet cum aliis, inuito marito. 5. Si eo inuito foris pernoctauerit, nisi apud parentes. 6. Si eodem prohibente, theatris, ludis, aut arenariis venationibus spectatrix prodeat. His addebat Leo Imperat. *Nouel 30. & 31.* quod ante etiam probauerat Iustinianus, si mulier viuo marito cum alio de contrahendis nuptiis egerit; si odio mariti partum abegerit. Rursus vxor marito repudium mittere potest eodem modo. 1. ob crimen aliquod læsæ maiestatis. 2. Si vxoris vitæ sit insidiatus. 3. Si vxoris castitati insidiatus aliis stuprandam eam tradere pertentauerit. 4. Si de adulterio vxorem accusauerit nec potuerit probare. 5. Si maritus in eadem domo, in qua simul cum vxore habitat, ipsam aspernatus, cum altera domi commorari deprehendatur, aut eadem ciuitate assiduè in altera domo cum alia muliere commorari conuincatur, & semel atque iterum ob eam rem monitus ac reprehensus ab huiusmodi lasciuia non abstinuerit. *ita dicta Nouella.* Porrò prioribus legibus his addebantur & alia quædam atrociora facinora, vt mariti homicidium, sacrilegium, &c. Addebatur etiam, si seruilibus operibus vxorem affecerit, vide *in dict. leg. consensu.* Adhæc soluitur matrimonium sine pœna (bona gratia, vt dicunt) si maritus sit impotens, si captus sit ab hostibus, si alteruter vel vterque eligant vitam religiosam, vt vocant. vide *in Nou. 117. cap 12.* & ibi amplius notata, & vide de iis omnibus amplius & plenius prædictos illos locos *in Nouel. 3.*

Iam verò amplius tenendum est, dissolui per hæc matrimonium ita, vt nouo deinceps matrimonio vti liceat illi sanè, qui secundum ipsa sua delicta non dedit causam diuor-

diuortii, de quibus licet videre supra *dict. loc. & in l. si constante 9. Cod. de repudiis.* Veruntamen ex nonnullis causis separatim nouo deinceps matrimonio vti non potest, *vt in dict. Nouel. 117. cap. 10.* Est itaque *Diuortium separatio & diuulsio matrimonii, quæ fit ex causis & cum cognitione causæ, nempe apud compet. Iudicem.* Et hoc est diuortium verum, quasi diuortium & fictum, vt si dicam: Diuortium est, cum fit saltem separatio personarum, &, vt vocant, à mensa & à thoro. Atqui ferè Episcopi & Pontifices diuortium in Ecclesia non esse permittendum putarunt, permoti verbis Christi, *Matth 5. & 19.* quæ & apud Marcum sunt, *capit. 10.* Lucam *cap. 16.* Apostolum Paulum *ad Corinth. 1. cap. 7.* Itaque disputatum deinceps est in Ecclesia, non esse permittendum diuortium, nisi, quod Christus ipse excipit, ob adulterium ab altero commissum.

Et incidunt hic difficiles & perplexę controuersiæ. Atque quæritur nunc potissimum adhuc de impotentia coeundi, de desertione, de infidelitate, de sæuitia, de morbis quibusdam contagiosis. Et examen omne instituitur ex sententiis & dictis Christi & Apostolorum.. Dicendum autem omninò nobis est de sententia Pontificiorum & dominorū nostrorum Consistorialiū; imprimis ad hoc breuiter, an diuortium iure diuino siue lege Dei sit permissum? Permissum esse dicunt, vt legitur *Deuter. 24. Malach. 2. item Ieremiæ 3.* Sed tamen eam legem explicat Christus, *Matth. 19.* & ostendit saltem ciuilem esse & permissoriam, contra legem primam naturæ. *Propter duritiem cordis*, inquit, *Moyses hoc vobis concessit; ab initio verò, qui fecit hominem, masculum & fœminam fecit eos*, quasi diceret, duo illi in matrimonio iuncti faciunt vnum integrum hominem; ideoque sane qui vxorem repudiat, quasi dimidiam sui partem à se auellit. Et addit textus *quos Deus igitur coniunxit, homo nō separet*, ac si diceret: neque igitur in arbitrio ipsorum est coniugum, coniugium dissoluere, neque aliis vllis conceditur, sua auctoritate illicita repudia confirmare. Dicit etiam: *ab initio non fuit sic*, quasi vellet etiam indicare, diuortium ex peccato esse, quod postea successit. Excipit tamen etiā Christus *Adulterium*, nimirum cū coniugi natura sit, vt duo illi arctissimè coniuncti, imo arctius etiam quàm parentes & liberi, sint caro vna, & alter alterius pars non potest fieri sine impia violatione ipsius coniugii, & huius diuinæ societatis, vt eorum aliquis alteri carni se deinceps, viuente adhuc coniuge, adiungat. Itaque quando hoc faciens ipse se malitiosè à coniuge auellat, alter innocens ab eo liber est, & propter hoc illius flagitium discedens nihil facit contra naturam & vim cōiugii, & auctore Deo, ipsius coniugii institutore, discedit. Iste autem, qui ita deliquit, statim è medio tollendus est, vt habet lex Mosaica, & sanè omnium gentium iustiores leges. Est enim adulterium graue crimen & coniugio maximè aduersum.

His ita positis, pergamus nunc ad alia. Et imprimis ad impotentiam quod attinet, non est necesse quærere subtilius de diuortio, quo separantur coniuges, quando inter hos verum, perfectum, & consummatum matrimonium non fuit, saltem modus legis indicandus erit. Si constat de impotentia certa, quod nimirum alter coniugum sit spado, hoc est, plane ineptus ad commixtionem coniugalem, & deprehendi possit, quod sit talis, & nunquam adhuc cum coniuge coire potuerit, statim conceditur separatio, vt potēs vtatur nouo coniugio. Quod si de hoc certò non cōstat, tempus aliquod, puta triennium, conceditur; & in his rebus harumq; causis consulantur Medici, artifices in sua arte. Ita sanè leges & Canones, vide supra *dict. locis. itē in l. pen. C. de repud & in iure Pontificio tit. de frigidis & maleficiatis, vbi in c. 1. 2. & 3. item cap. 33. quæst. 1.* Hoc etiam facilè constat, matrimonium nullo iure, sed de facto contra leges publicas & diuinas

contractum dissolui debere, vide *in c.3. de diuortiis & Clem. de consanguinitate. lib.3.* Sed de hoc diligentius *infra alio loco.*

Quod verò supra hoc ad alia attinet, Episcopi & Pontifices, si coniugium ab initio legitimè & rectè contractum & perfectum, consummatumque erit concubitu, diuortium, nisi ob adulterium, nunquam permittunt; hic etiam verum diuortium non permittunt sed tantùm separationem cohabitationis & thori. Ita videbis apud eos *in cap. discretionem. de eo, qui cognouit cons. vxor. cap.2. de coniugio leprosorum. cap. dixit dominus 32. quæst. 1. cap. si vxorem 32. quæstion 5. item 32. quæst. 7. vbi maximè in cap. Apostolus. & cap. omnes.* Et hoc ita facere se dicunt auctoritate verbi diuini, ex locis, de quibus supra. Hic verò Theologi alii & nostri ab iis in eo dissentiunt, quod verum diuortium non concedant, nempe vt pars innocens, pro suo arbitrio, vtatur coniugio etiam nouo, etiamsi pars nocens viuat, vt iterum breuiter dicam sine longa refutatione istorum argumentorum, quibus isti vtuntur. Etsi speciosa quædam adferant argumenta, & argutè disputent ex Paulo *1. Corinth.7 versicul. 10. & 11.* adeò vt quidam ex nostris visi sint in illam partem & sententiam potius descendere: tamen nostri verius & certius habent scripturæ testimonium ex Matthæi dictis locis, à contrario sensu, & quod Paulus loco allegato de alio omninò loquatur casu; habent & firmiora argumenta ex circumstantiis factorum, ex purioris antiquitatis obseruantia. Adde, quod si fieret, quod fieri deberet, nempe, vt adulteri ex lege Iulia capite punirentur, nō opus fuisset hac quæstione. Adhæc receptum est, ob solùm adulterium inter Christianos ex instituto Christi & Ecclesiæ liberè licere vti diuortio; & veterum quidem seueritas ea fuit, vt vellent etiam adulteram repudiari, sed Canones & Consistoria nostra permittunt reconciliationem.

Nunc videamus, an ob alias etiam caussas permitti possit diuortium? Et imprimis de morbis contagiosis, vbi disputatum est de elephantiosi. (quam vocant lepram) Sed verissimum est propter morbum coniugis coniugium neutiquam dissolui; imo tunc maximè officium coniugis valentis requiri, vt adsit & opem ferat membro languenti. Et ita quidem pronunciant domini Consistoriales. Nec sanè videntur aliter etiam docere Pontificii, *vt in cap. si vxorem. extr. de coniugio leprosorum. item capit. 32. quæstione quinta.*

Verùm potissimum nunc de infidelitate, de desertione, de sæuitia, &c. Adfertur locus Pauli ad Corinth *Si infidelis,* inquit, *discedit, discedat; Non est seruituti subiectus frater aut soror in huiusmodi, sed in pace vocauit nos Deus.* Ecce, videtur Paulus adhuc excipere, nempe si alter coniugum nolit habitare cum alio ob infidelitatem. Fidelem autem & infidelem accipit ibi propriè Paulus ratione Religionis, quod docebit occasio & argumentum Epistolæ, vt infidelis sit, qui alienus est à Christiana religione. Attamen infideles etiam satis sunt, qui sunt in Ecclesia hypocritæ & scelerati, qui verbis CHRISTVM sonant & confitentur, sed factis negant. Hinc igitur non iniquè sumitur argumentum ad alia quædam, & extruuntur disputationes de aliaetiā desertione, de sæuitia coniugis, de quibus maximè sunt in Ecclesia etiam controuersiæ. Et sic licet dicere & colligere: Si caussa iusti diuortii est non solùm ex sententia Christi adulterium alterius, sed ex sententia Pauli etiam alterius infidelitas, erit rursus iusta caussa alterius desertio, alterius sæuitia. Et de his nunc itaque videndum, & imprimis iterum repetendum est & dicendum de vero diuortio, & natura diuortii. Diuortium vnde dicatur docet Iurisconsultus *in leg. diuortium secunda. D. de diuortiis & repud.* Id est separatio coniugum & con-

& coniugii, vt fit siue detur locus nouo coniugio, & fit cum causæ cognitione, præeunte legitimo iudicio. *vide cap. porro. de diuortiis.* Vtens itaque diuortio à priori coniuge discedit, & alii, si placet, se coniungit. Hoc vero CHRISTVS non permisit, nisi ob commissum ab altero adulterium. Ac videtur nunc Paulus suum præceptorem emendare. Sed sanè ad Paulum & Pauli istum locum quod attinet, ita se res habet: Paulum ibi de diuortio, quod ob vnicum adulterium ex sententia CHRISTI fieri potest, non agere, hoc est, non hoc docere, quibus ex causis in Ecclesia & inter Christianos à coniuge liceat impunè discedere, eum deserere, & nouum nouamque coniugem quærere, vt nec de eo agit ante *eodem cap. versicul. 10. & 11.* Atqui *in dict. versicul. 10.* vti fidelis minister pro fideli, quid possit in Ecclesia contingere, etsi non probat, nempe posse fieri in hac infirmitate naturæ, vt inter coniuges Christianos oboriantur dissensiones & iniuriæ, vt vxor eo nomine à viro discedat, hoc prohibet, & quidem ex ore CHRISTI: sed, quod si tamen fiat, vt propter huiusmodi causam discedat, iubet manere innuptam, aut viro reconciliari. Nunc verò hoc in loco *versicul. 15.* scribens de fideli & infideli, qui in eodem matrimonio simul viuunt, &, vt aliter vix fieri potest, sæpè non sine nominis diuini aliqua blasphemia, & sine graui mentium alienatione, hortatur fidelem ad patientiam: Si autem infidelis sua vtatur impietate & impatientia, atque fecerit ipse secessionem, tum liberat fidelem ab infideli, quod ipse discessit, nisi quod possit tamen sperari adhuc reconciliatio, & infidelis fieri fidelis.

Vides nunc mentem Pauli; ex quo constat, infidelem desertorem esse factum debere tentari commodam reconciliationem; quæ si impetrari non potest, concedi desertæ potestatem noui coniugii. Sic enim inquit Paulus: *Si discedit, discedat; non est seruituti subiectus frater aut soror.*

Ergò tantum ob vnicum adulterium permittit CHRISTVS diuortium; & docet Paulus, infidelem quidem repudiari non posse, sed si ipse discesserit, sine vlla reconciliatione liberari tunc fidelem; & rursus, ob alias etiam offensas vxorem quidem discedere non debere, si autem discesserit, debere manere innuptam, aut viro reconciliari. Quomodo autem apud Paulum infidelis accipiatur & accipi possit, supra dixi. Et nunc iuxta hæc ipsa nostra quidem Iudicia & Consistoria, facto siue commisso adulterio, si Magistratus loci in puniendo adultero sit negligentior, tentant reconciliationem, cæteroquin patti innocenti volenti omninò vti diuortio, concedunt id, & permittunt vti nouo coniugio.

Quod si quis qualibet ratione impatiens nexus coniugalis deserat coniungem, & sine vlla iusta causa diutius absit, vel aliàs etiam desertor existat; præscribunt certum aliquod tempus, quo oporteat eũ expectare, & plerunque quidem triennium, quadriennium, vel longius etiam tempus (vbi eatenus imitantur leges Roman. *sub eo titulo, Codic. de diuortiis. & Iustin. Nouell. & vide itidem cap. perlatum. extra, qui filii sint legitimi.*) & desertorem per interualla ter per publica edicta, tum eo in loco, vbi matrimonium contraxit, vel vbi habitauit, tum in aliis etiam territoriis diuersis affigenda citant. Et si non paret, permittunt tunc desertæ nouum coniugium: desertorem, si post redit, pro qualitate facti puniunt.

Quod si nimia sæuitia vtatur coniunx in coniugem, quid constituerit de hoc Iustinianus, item Pontifex *sub titul. de restitut. spoliat.* alibi diximus. Atque si ob hoc coniunx discesserit, nec possit fieri vel impe-

impetrari reconciliatio, permittunt tandem etiam nostri eo casu separationem saltem à thoro & mensa. Et huc vsque illi progrediuntur.

Verùm incidunt tamen hic & alia quædam propè inextricabilia, certè propter Magistratus negligentiam, qui non punit delicta, qui non diligentius perpendit, se totius Decalogi debere esse suo loco custodem & vindicem. Atque incidunt sæpenumero talia etiam in ipsis negotiis ciuilibus. Quid si de mariti nimia vel immani admodum sæuitia conqueratur pia coniunx, & ob id discedat, nec quicquam possit fieri de commoda reconciliatione, quùm maritus animum non mutet; vxor autem vtens necessaria hac desertione donum continentiæ habere non possit, tunc hic tandem permittatur diuortium. Item hic quæri potest de infideli, & aliis pluribus. Sunt, qui dicunt, Christum, cum vnicam illam adulterii causam expressisset, voluisse alia etiam scelera, quæ stupri crimen vel æquent vel superent, complecti; sed hoc nihil tamen, vt arbitror, solidi; potius videtur, cum tacet hic sacrum legis os, nobis quoque tacendum esse, & rem deinceps Deo committendam. Dicam tamen aliud, & complectar multa etiam admodum breuibus, iudicent periti. Aduersus leges publicas Imperii & Cæsareas receptum est, vt solùm adulterium sit causa diuortii, idq; ex auctoritate verbi diuini. Videatur igitur, ad quos illa Christi concio pertineat, vt si ad putrida ecclesiæ membra, quæ aperti criminis argui possunt, & omninò in sinu ecclesiæ, extra quàm si veram pœnitentiam agant, ferri non debent, si inquam, ad illa non pertineat, vigeat saltem lex politica & Cæsarea, quam inter hos homines duros æquam esse constat, & Euangelium non videatur abolere. Et poterit fieri regressus ad d.l Theodosii *in l consensu. C. de repudiis.* vel ad Nouell. Iustin. nostri. Vide etiam, quid hic consulant viri magni, pii & rerum periti, vide Philip. Melanch. *in aureo suo libello, &c.*

Porrò solet etiam disputari de persona iustè deserta propter adulterium, an propter innocentis nuptias possit & illa aliquando ad alias nuptias aspirare? Sanè si conceditur vita, videtur etiam non deneganda esse facultas benè & rectè viuendi. Sed omninò non est ea persona in loco isto ferenda. Postea fortè & Deus ipse tandem exequetur suam istam sanctionem ad Hebræos: *Fornicatores & adulteros puniet Deus, auct., verè petenti dabit spiritum fortitudinis & continentia, &c.* Et omninò ea res committenda est prouidentiæ diuinæ, quæ alioquin prohibuit, ne adultera dimissa iterum nubat. Atque hæc de repudiis & diuortiis.

Nunc tandem videamus de pœnis in eos, qui hunc saluberrimum & sanctissimum contractum morum malitia contaminant & commaculant, & præcepta hactenus secundum definitionem de nuptiis proposita violant. Et imprimis is, qui duplicia contrahit sponsalia, infamia notatur, siue infamis fit. *leg. 1. & l quid ergo. 13. D. de his qui not. infam.* de quibus plura dixi supra. Est & pœna violatæ auctoritatis parentum, quod eiusmodi nuptiæ non sunt legitimæ. *leg. Paulus respondit 11. D. de statu homin.* Et sunt ex hoc quoque alia pericula, quæ licet ex superioribus repetere, &c. Neque enim de his omnibus nunc propriè agimus, vt nec de pœna stupratorum, quæ est relegationis & amissionis bonorum, de quibus tamen etiam supra monui. In digamos siue polygamos, qui plures simul habent coniuges, pœna itidem est infamiæ. *dict. leg prima. in Pand. de his, qui not. infam. Item l eum, qui duas 18. Codic. de adult. cum similibus.* Theophilus notauit, capitalem in eos esse pœnam constitutam, quæ sanè vt plurimum mors est. vide *l capitalium 28. de pœnis. leg. licet capitales 103. de verborum signification.* Carolus V. *in constituto pœnali*, hoc facinus adulterio æquiparat, & vult, vt eodem modo ex hoc sit criminale iudicium,

vide

vide *in constit pœnali. art.* 141. Sanè intelligo hoc de eadem pœna, nempè gladii, etsi nonnulli mitius puniendum putent, mit der Staupe vnd Verweisung. Vide etiam Chilianum König *in prax. in loco de pœnis corporalib.* Illud tamen obserua in persona mariti, aliud posse esse adulterium, aliud polygamiam. Et hoc non esse obseruatum miror, quo sic intelligeretur, non sine ratione etiam fieri, si mitius puniatur maritus saltem polygamus, quàm adulter. Porrò de adulterio postea. Nunc priùs videamus de Nuptiis, quæ contrahuntur contra præcepta *§. ergò non omnes, cum sequentib.* nempè in gradibus prohibitis, quas vocant incestas nuptias, *vt in l sororis 39. D. de ritu nupt.* Sed tamen hic distinctio obseruanda est, nempè incestas nuptias alias dicunt iure gentium, aliàs iure saltem ciuili, quarum illæ omninò propriè sunt incestæ. Iustinianus nefarias vocat, *vt infra in textu.*

Quod igitur ad incestas nuptias attinet, pœnæ connumerantur, quòd eiusmodi homines spoliari debeant cingulo, hoc est, honore & dignitate, infamiaque notari, bona etiam eorum confiscantur, (nisi tamen extent ex alio matrimonio liberi) imò & exilium quoq; & verberationem, si vilis sit persona, leges minantur. De quib. vide *l. si quis 6. cum auth. sequenti. Cod. de nupt. Nouel 12. cap 1. item c. consanguineorum 3. quæst. 4.* Porrò gl. *in l si adulterium 38. D. de adult.* notat, incestus pœnam eam etiam esse, quæ est adulterii. Ex quo capite plectendi erunt tales, quod & vsu obseruatur, & plerumque igne cremantur, vide Chilian. König *in locis, de pœnis corporalib.* Atque hæc tamen de incestis nuptiis iure gentium, &, vt nos nunc dicimus, iure diuino potissimùm intelligantur. Nam quæ saltem iure Ciuili sunt incestæ, eas graues pœnas nō habent. Atque Imperator post in textu generaliter pœnas quasdā iniustarum nuptiarum, & contra regulas iuris contractarū proponit, quæ & ad has nuptias incestas, siue potius damnatas & prohibitas, vt alii eas vocant, pertinent. Et has pœnas postea etiam indicabimus.

Nunc prius hoc agendum est pro limitatione, eas pœnas, de quibus diximus, ita demum istiusmodi nuptiarum auctores tenere, si sint istæ ab iis factæ scienter, non si iusta ignorantia facti. Nam hæc excusare posset parentes, & liberis omninò prodesset. *ita in l 4. & l. si quis 6. Cod. de incestis nupt.* Sed tamen si verè sint incestæ eæ nuptiæ, nempè iure gentium, detecto errore, talis coniunctio dirimenda est. Neque enim tale matrimonium vlla dispensatione confirmari debet. *dict. l. Cod. & dict. l. si adulterium. in Pandect. item 35 quæst 8.* Hoc tamen quoque fallere potest vno casu, si ipsis coniugibus de re & errore non constet, & magna quædam ratio suadeat dissimulationem, de quo monet *c. quia circa. de consanguinitate*, & dicitur, ita aliquando consuluisse felicis & sanctæ memoriæ dominum Lutherum.

Porrò, qui contrahunt in gradu humanâ constitutione prohibito siue damnato, ii verè pro modo contemptus & præuaricationis puniri solent, & plerumq; exilio, vt extra territorium eiiciantur; vt, si quis ducat propriam consobrinam, &c. Sed & hîc tamen iusta ignorantia excusat tum facti, tum iuris in muliere, vide *dict. l. qui contra. Cod. & dict. l si adulterium cum incestu. in Pandect. vbi pulcherrimus textus.* Et vt ab initio contra humanas quasdam constitutiones & prohibitiones iustis ex causis dispensatio fieri potest, ita multò sanè magis fauore liberorum, aliisque ex causis, matrimonio tali errore contracto potest fieri remissio, ne sit necessum omninò superius errore detecto tale etiam matrimonium dirimere. Vide de hoc *l. si senatori. 21. D. de ritu nupt. & dict. cap. quia circa. de consanguinit.*

Videamus deinceps de aliis pœnis nonnullis generalibus iniustarum nuptiarum,

quæ connumerantur in textu. *Imprimis*, inquit Iustinianus, *neque vir neque vxor hic intelligitur, nec nuptiæ illæ legitimæ dicuntur, nec matrimonium verè appellatur. Deinde etiam nec dos hic intelligitur, nec dotis exactioni locus erit, dissoluto tali coitu, sed (nisi extent liberi ex alio legitimo matrimonio nati) ea bona fiscus tanquam indignis ablata occupabit.* Vide *l. cum hic status 32. §. vltim. D. de don. inter virum & vxor. d l. qui contra. Cod & Nouell 12. vbi de hoc amplius.* Tertio etiam liberi ex eiuscemodi coniunctione nati, non sunt in potestate parentis, imò legitimi non habentur, sed quasi vulgò concepti; vnde sequeretur, parentibus talibus eosdem non succedere. Quod sanè tunc verùm est, quando ex incestu iuris gentium nati erunt, qui vocantur liberi incestuosi, & ne alimentis quidem digni iudicantur, nisi quod tamen succurrit iis æquitas quædam Canonica, vt vocant. Vide de his *31. quæst. item Nouell. 89. cap vltim. Auth. ex complexu. C. de incestis nupt. c. cum haberem, ext. de eo qui duxit in vx. quam voluit in adult. vbi notatur.* Porrò monui supra etiam, hos per magistratum pro modo contemptus & præuaricationis puniri posse & solere.

Nunc tandem de pœna eius, qui quæuè suo delicto vel sua culpa causam dedit diuortii. Constitutum autem est de hoc à Diuis Principibus, vt is amittat dotem vel donationem propter nuptias & alia lucra nuptialia. Quod si absque dote atque donatione contractum sit matrimonium, quartam suorum bonorum partem seruandam liberis communibus alteri dabit. Vide *sæpè dict. l. consensu. Cod de repudiis. & l. liberius. vltim. ibidem. item Nouell. 22. cap. 2. §. si verò altera. Nouell. 117. cap. 13.*

Porrò adulterio commisso, punitur etiam adulter publico iudicio capitaliter, & lege Constantii & Constantis, vt docuit nos Dominus Cuiacius, hodie adulteri gladio amittunt vitam. *L quamuis. 30. §. sacrilegos. C. de adult.* Quod tamen Iustinianus in muliere siue vxore adultera mutauit & emendauit, quam post ùs vult virgis verberatam detrudi in monasterium. *Nouell. 134. cap. 7.* Quamquam in hisce Saxoniæ regionibus Constitutione quadam reuocatum est ius vetus, vt eodem modo, quo vir, puniatur. Quis autem propriè adulter sit, & adulterium dicatur committere, alio loco dicemus: fortè enim crescit nimius Commentarius in hunc titulum. Quæ pœna eius est, qui sua culpa causam dedit diuortii, eadem illius etiam est, qui quæuè iniusto & legibus non comprobato vtitur repudio, id est, sine iusta causa, *d. locis.* Addit tamen hic Iustinianus, vt ex ea causa mulier in monasterium detrudatur, quod in ea causa ad virum etiam transeat, vide *d Nouell. 134. cap. 7. §. quia verò aliter. item Nouell. 127. cap. final* Sic igitur sancitur illud Pauli: *Maneat innupta.*

Hactenus igitur de iustis & legitimis nuptiis earumq; præceptis, quo in loco, si diutius inhæsimus, cogitetur illud, quod inquit Iurisconsultus, de quotidianis pleniùs. *l. legauit 25. D. de liberatione legata.* Deinceps celeriùs progrediemur; & sanè successio & ordo materiarum tantum effecit, & plus etiam al quantulum, quantum alioquin longus commentarius.

Casta Deus mens est, casta vult mente vocari.
Connubii leges iussit & esse sacras.

Sequitur textus, in quo obseruabitis, per vosmet ipsos admoniti, capita & & methodum, item obscuriorum quorundam locorum enarrationem, ne istis minutiis nunc deterreamur.

§. 4. Et hæc adeò vera sunt, &c.

Hoc loco de Cognatis adoptiuis. Docet autem

autem de his in summa, inter parentes & liberos adoptiuos nuptias iure non contrahi, siue constante adhuc adoptione siue ea dissoluta. Inter adoptiuos verò propinquos à latere nuptias itidem non contrahi adoptione durante; at ea dissoluta has nuptias non prohiberi. Ratio diuersitatis sumitur ex discrimine lineæ rectæ & obliquæ, quod in illa euidens tamen maneat honestas publica, in hac non eodem facilè modo. Vide *Iustiani l. si quis alumnam 26. ibi. nec enim homo. C. de nupt.*

℣. Quamuis quarto gradu sit, &c.] Ex hoc loco duo sunt obseruanda. Principio, iure nostro Ciuili quarto gradu valere nuptias, quod expressis verbis docuit Vlpianus, vt extat in ipsius Instit. Deinde in nuptiis quoque gradus non aliter apud Iurisconsultos numerari, quam secundum generationem, vt, licet neptis ex fratre distet à stipite tertio gradu, tamen non dicatur distare à patruo magno tertio, sed quarto gradu. Et hæc ex isto textu notari debent.

Iam verò quæritur de causa exceptionis, & anne Pontificiorum noua regula in obseruandis & distinguendis gradibus iuxta hunc locum intelligenda etiam sit? Quo ad priorem quæstionem de ratione, obscurius loquitur Iustinianus, clarius Paulus Iurisconsultus *in l. sororis 29. D. de ritu nuptiarum.* Vbi quod hic de nepte dicitur gradu quarto, de pronepte etiam scribit gradu quinto; idem dicturus proculdubio de abnepte, si de facto tales nuptias incidere solere cogitasset. Sic igitur loco rationis ait: *quia parentis loco eis sunt*, nimirùm vno tantum gradu distantes à stipite & à vero parente.

Iam quo ad alteram quæstionem, cum dicunt Pontificii, inter consanguineos à latere ita valere nuptias, si alter distat à stipite quinto gradu, vel saltem gradu quarto, quæritur, an hoc simpliciter verum sit, an altem cum limitatione ex hoc textu: nisi alter sit proximus ad stipitem? Et Franciscus Duarenus diligenter monet addendam esse hanc exceptionem, quod & Hostiensis monuit. & verùm puto, licet reclamet magni nominis D. Ioannes Andreæ *in c. fin. de consanguinitate.*

§. 9. Duorum autem fratrum, &c.

Hæ nuptiæ inter Consobrinos iure diuino & iure gentium sunt promissæ; Iure Romano aliquando prohibitæ, aliquando rursus permissæ. Vnde & Theophilus hic & Caius negatiuam habent: *coniungi non possunt*; vt & hic quidam legunt. Sed tamen hoc loco videtur magis legendum affirmatiuè, coniungi possunt. *ex l. celebrandis 19. cum simil. D. de nupt.* Hodie rursus moribus nostris istæ nuptiæ non permittuntur, sine speciali permissu. Si quis obiiciat: Contra ius diuinum, gentium & Cæsareum prohiberi non debuisse, respondi suprà.

§. 12. Mariti tamen filius, &c.

Iurisconsultus *in l. generali 34. D. de ritu nupt.* id ita breuiter expressit: *Inter priuignos nuptiæ contrahi possunt, etsi fratrem communem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeant.* Ratio est: quod inter hos nulla sit vel cognatio vel affinitas, quod superius declaraui.

§. 13. Si vxor tua, &c.

Vide de hoc *in l. si qua vxor. 12. D. de ritu nupt. & in l. Labeo 6. & in l. Seruius 8. D. de gradib.* Et est hic locus de publica honestate.

§. 14. Illud certum est, &c.

Proponit nunc locũ de cognatione contracta in seruitute, q̃ iure Ciuili nulla est *l. 1. D. vnde cogn.* At in nuptiis ius naturale spe-

stamus inquit Iurisconsultus *in l. adoptiuus 14. D. de ritu nupt.* Hinc igitur constabit de causa dubitandi & decidendi, vt vocant.

§. 16. Si aduersus ea, &c.

Hactenus præcepta iustarum nuptiarum exposuit, subiicit nunc pœnas constitutas in eos, qui aduersus hæc & huiusmodi præcepta nuptias contrahunt. Et imprimis generale hoc est, quod eiusmodi nuptiæ non dicantur iustæ, sed iniustæ, iniusti liberi, quod Paulus Iurisconsultus expressit de iis, qui ex nuptiis iniussu parentum contractis nati sunt. *l. Paulus respondit 11. D. de statu hominum*, & Apuleius auctor scribit, spurios igitur per hos nasci. Itaque & hic generaliter etiam scribit, tales etiam esse eos, quales sunt, quos mater vulgò concepit. Addit inter pœnas, de falsa dote, de dote non repetenda & similia; & tandem & alias quoque pœnas eos pati, qui ita nuptias contrahunt, de quibus omnibus supra dixi fusius.

Porrò ad parentum auctoritatem quod attinet, diximus supra, sponsalia iniussu parentum contracta posse eorundem auctoritate dissolui. Idem & de nuptiis videtur dicendum, licet hic locus obscurior sit. Sed quid tamen hic Canones Pontificii statuãt, quid Consistoriales nostri, permoti certis fundamentis, obseruent, supra indicaui. Quærebatur etiam, an eiuscemodi liberi à parentibus exheredari possint? quod eruditi quidam negant, nisi tamen persona turpi aut infami, ad infamiam & dedecus familiæ, se applicauerit, vide *in Nouell 115. cap. 3. item in l. non tantum 3. §. si emancipatus. D. de bonorum possess. contra tabulas.*

V. Nam nec hi patrem, &c.] Sunt autem ii, qui ex vulgari, promiscuo & vago concubitu nascuntur, quorum mater quidem certa est, at pater incertus esse dicitur. Nam patrem ostendunt nuptiæ, vt inquit Iurisconsultus *in l. quia semper 5. D. de in ius vocand.* & habes *in l. filium 6. D. de his qui sui vel alien. iuris sunt.* Quod autem aliàs etiam vulgò dici solet, *pater est incertus*, intellige de defectu necessariæ saltem & indubitatæ probationis. Alioquin, vt dixi, nuptiæ ostendunt patrem, ni probetur contrarium, vide *in dict. l. quia semper d. l. filium. item in d. l. Lucius 83. D. de conditionib. & demonstrationib.* Atque his nunc coniungit omnes ex legitimis nuptiis, quæ secundũ præcepta legum contrahuntur, non natos, quantum attinet ad patriam potestatem; & rectè videtur hunc locum D. D. Wesembecius intellexisse. Illud etiam obserua, eiusmodi liberos, vulgò conceptos, matrem non patrem sequi, quo ad statum, de quo supra diximus *l. cum legitimæ 19. l. lex naturæ 24. D. de statu hominum.* Porrò à vulgò conceptis istis distant, qui nascuntur ex iusto siue permisso concubinatu, qui vocantur naturales liberi, de quibus postea. Ex damnata coniunctione editos incestuosos vocant, quibus etiam adiungunt Pontificii Sacerdotum liberos, de quo *in cap. venerabilem. extra, qui filii sint legitimi, &c.*

§. 17. Aliquando autem euenit, &c.

Ex nuptiis iustis sunt liberi iusti, & in potestate patria. Nunc addit alium locum de concubina & concubinatu, ex quo non sunt iusti liberi, & in potestate patria, cum concubina non sit iusta vxor, etsi per omnia vxorem imitetur, & potius nomen sit voluptatis quàm dignitatis vxoriæ, quod monet Iurisconsultus *in l. Massurius 144. D. de verborum significationib.* Et iure Ciuili permissus est extra pœnam & infamiam concubinatus, Bald. *in l. 2. Cod. de conditionib. instrum.* (nisi constante matrimonio *leg. 3. D. de concubinis.*) iis, qui vxores non habent, ad euitanda maiora adulterii & constru-

& constuprationis mala. Docet autem posse & hos liberos iustos, legitimos & suos fieri, beneficio quodam, scil per legitimationem, quæ est confirmatio status. Quæritur nunc legitimatio quotuplex sit? & qui demum liberi ritè legitimari possint? de quo admonent verba textus. Et imprimis fit ea legitimatio per oblationem curiæ, si parens filiũ, quem habebat naturalem, Curiæ ciuitatis offerebat. Quod Ius hodie non videtur esse in vsu, & magis eius loco legitimantur nunc liberi per Principis rescriptum, nempè, solus Princeps legitimare solet, quanquam & Pontifex eam sibi potestatem asscribat. Solet tamen etiam Princeps hanc ipsam potestatem aliis quibusdam loco beneficii tribuere & committere, quos vocant vulgò Comites Palatinos, fortè ad imitationem veterum Comitum Palatinorum, qui, quod Curiam & Palatium Principis sequebantur, sic dicti sunt, huncque titulum honorarium haberent. Vide igitur de veteri curiæ oblatione prolixius *in l si quis naturalem 3. cum l. seq. C. de natural. lib. item D. & C. tit. de decurionib.* & præsertim *in l. pupillus 239. §. decuriones. D. de verb. sign.* Et de legitimatione per rescriptum *in Nou 74. & Nou. 98.* de legitimatione per Pontificem *in c. per venerabilem. extr. qui filii sint legit.* De Comitibus istis nostris Palatinis, qui & creare Notarios, Doctores facere, veniam ætatis dare, permittere arrogationem, &c. solent, de his, inquam, vide Viglium ICtum *in tit. de exhered. liberorum. § adoptiui, num. 7. & 8.* Nunc amplius fit principaliter legitimatio per sequens matrimonium, si quis eam, ex qua liberos eiusmodi naturales habet, vxorem postea ducat. Hoc enim ipso confirmatur priorum istorum liberorũ status, & quidem plenius etiam, quàm modis illis præcedentibus, de quib. vide *d. l. commun. 9. l. cum quis 10. cum sequent. C. de naturalib. lib. Nou. 12. & Nou. 89.*

Porrò addit hic Iustinianus, *dotalibus instrumentis compositis*, quasi ea legitimatio nõ contingat, nisi matrimonium dotalib. etiam additis instrumentis sit contractum, vt sic magis de eo constet, quod supra alibi ex D. Hieronymo recitaui; & vide, quæ hic disputat Glossographus. Angelus tamen & Iason absque his instrumentis, saltem si constet de his nuptiis, nunc etiam legitimari hos liberos censent, eoque iure aiunt nos vti *ex cap. tanta. extr. qui filii sint legitimi.* Et sanè cum solo consensu contrahatur matrimonium, constitutum etiam hoc inuenitur, vt si quis in ipso statim mortis articulo fœminam, cum qua consuetudinem habuit, matrimoniali affectu sibi copulauerit, posse ita quoque filios facere legitimos, vide *in Nou. 127. cap. 2.* vbi & alia quædam videbis. Nunc videamus, qui filii ita legitimari possint & soleant, nempè, non ex damnato omninò coitu, non ex adulterio nati, non incestuosi liberi, & vt breuiter dicam, non spurii, sed saltem naturales filii, quales sunt illi, qui in concubinatu, siue ex concubina legibus permissa, nati erunt, quos vocant nothos, vulgò Bastardes, vide *in dict. l. 10. & 11. C. de naturalib. lib. Item Nouell. 74 & 89. §§. finalib & dict. cap. tanta, extra, qui filii sint legitimi.* Et sic nec, si de facto inter istiusmodi spuriorum parentes coeat matrimonium, per hoc liberi legitimantur. Aiunt tamen, Principem ex plenitudine potestatis posse etiam istorum statum confirmare, sed eius legitimationis non esse tàm magnam vim, vt communia & omnia iura legitimationis tribuat, vt notant Dd. *in dict. cap. per venerabilem*, & vide *l. qui in Prouincia 57. § 2. D. de ritu nuptiarum.*

DE ADOPTIONIBVS.

TITVLVS XI.

NON solùm autem naturales liberi, secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus. Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui iuris sunt. Quæ species adoptionis dicitur Adrogatio. Imperio Magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt; siue primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia; siue inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

§.2. Sed hodie ex nostra constitutione, cùm filiusfamilias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, iura patris naturalis minimè dissoluuntur, nec quicquam ad patrem adoptiuum transit, nec in potestate eius est: licet ab intestato Iura successionis ei à nobis tributa sint. Si verò pater naturalis non extraneo, sed auo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam auo vel proauo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia concurrunt in vnam personam & naturalia & adoptionis Iura, manet ius stabile patris adoptiui & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, vt & in familia, & in potestate huiusmodi patris adoptiui sit.

§ 3. Quum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur: & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit expediatq; pupillo. Et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit, id est, vt caueat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui si adoptio facta non esset, ad successionem eius venturi essent.

§.4. Item non aliter emancipare eum pôtest adrogator, nisi causa cognita, dignus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exheredauerit, vel viuus sine iusta causa emancipauerit, iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptiuum transtulit, & quorum commodum ei postea adquisiuit.

§.5. Minorem natu, maiorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur: & pro monstro est, vt maior sit filius, quàm pater. Debet itaq; is, qui sibi filium per adoptionem, vel adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere.

§.6. Licet

§.6.Licet autem & in locum nepotis, vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamuis filium quis nõ habeat. Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quàm nepotem in locum filii.

7. §. Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet iam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in sua potestate habet, eo casu & filius consentire debet, ne ei inuito suus heres adnascatur: sed ex contrario, si auus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.

§ 8. In plurimis autem causis adsimilatur is, qui adoptatus, vel adrogatus est ei, qui ex legitimo matrimonio natus est, & ideo si quis per Imperatorem, vel apud Prætorem, vel Præsidem prouinciæ non extraneum adoptauerit, potest eundem in adoptionem alii dare.

§.9. Sed & illud vtriusque adoptionis commune est, quod & ii, qui generare non possunt (quales sunt spadones) adoptare possunt: castrati autem non possunt.

§.10. Fœminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent. Sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.

§.11. Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subiicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem sunt potestate, tanquam nepotes. Sic etenim diuus Augustus non ante Tiberium adoptauit, quam is Germanicum adoptasset, vt protinus adoptione facta, inciperet Germanicus Augusti nepos esse.

§.12. Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, seruos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Vnde & nos eruditi in nostra constitutione etiam eum seruum, quem dominus actis interuenientibus filium suum nominauerit, liberum esse constituimus: licet hoc ad ius sibi accipiendum ei non sufficiat.

C O M M E N T A R I I.

ADhuc versamur in hoc loco de constituenda patria potestate, sub qua sunt filiifamilias, & inquit IC. *in l. 1. D. h.tit.nostro.* Filiosfamilias non solum natura, verùm etiã adoptiones faciunt. Ergo meritò de hoc iure videndum est. *Adoptio* dicta est ab optando & eligendo. Ea definitur, quod sit *legitimus actus, per quem quis fit filius, qui non est, penè naturam imitans.* Fieri autem consueuit, solemniori quodam ritu, adhibito ære & libra, cum tribus municipationibus & manumissionibus inter patrem priorem naturalem, & alterum adoptiuum, ex quo filius ea potestate patris naturalis exibat, & in ius & potestatem adoptiui veniebat. Fiebat itidem in Comitiis cõuentis per rogationem & iussum populi; de quo vide Agell *lib.5.c.19.* Iustin. *in l.fin.C.eod.tit.* & *l.generalis 2. D.eod.tit.*

Fuit

Fuit autem vsurpata præsertim à ditioribus, & ipsis quoque Principibus, ideo maximè, quod etsi filios haberent, tamen si eos fortè sua familia indignos iudicarent, cuperent sibi deligere & seligere aliunde natos ex cognata familia, quos sibi propius etiam coniungerent, vel alibi, quibus sua hereditaria bona, nominaq; gentilitia, nempè, pronomina, nomina & cognomina, item futuram successionem & bonorum & regnorum relinquerent, de quibus vide Agell. *in prædicto loco.* Cicer. *in Orat. pro domo sua.* item historias Cæsarum. Cum igitur de hereditatibus & similibus disputatur, dici solet: *Nihil interest, naturales sint liberi, an adoptiui.* Ita *lib. 3. tit. 1.* & audiuistis iam ante de cognatione legali in nuptiis. Quemadmodum autem & naturales liberi, sic adoptiui quoq; repudiari, & veluti abdicari possunt; & tum dici solet, *minus iuris habent adoptiui.* Ratio, vt puta, natura alieni & Ciuili iam etiam vinculo dissoluti, planè extranei *infra lib. 3. tit. 1. §. minus.* Amplius de effectu rei manebit nobiscum textus, nempè, quòd omnino Ius consequatur adoptiuus in familia patris adoptiui. Ex quo etiam hoc venit in considerationem, quid amittat apud patrem naturalē, cui sanè natura filius esse non desinit, etsi ciuiliter filiusfamilias non est: nam in duorum potestate non est, quod iam ante monui. Sed nunc ad textum, vbi præter hæc dicta hæc sunt præcipua capita, præcipuæq; doctrinæ. 1. De diuisione, quotuplex adhuc sit adoptio? 2. Quomodo nunc fiant adoptiones? 3 Quis adoptare possit? 4. Quis adoptari & quomodo possit? Et offeruntur quædam singularia in negotio arrogationis.

§. 2. Sed hodie ex nostra, &c.

Quomodo olim factæ sint adoptiones, & quo iure, iam audiuistis, nempè, adoptiuus filius transit ex potestate & familia sua in potestatem parentis adoptiui, & omnino quidem potestati & Iuri adoptiui subiicitur, adeo vt si quid ipse in suo iure suave potestate habeat, si quid proprium possideat, id ad eundem patrem adoptiuum simul transferat, *vt infr. §. pen.* & huc pertinet *tit. lib. 3. 11.* Porrò verò hoc ipsum vno casu Iustin. emendauit *in l. cum in adoptiuis 10. C. eod.* nempè, si pater naturalis filiumfamilias adoptandum det, non propriis auis vel proauis, sed aliis quibuscunq;, quos vocat extraneos. Hoc in casu vult nihilominus consistere priorem potestatem, & non venire adoptatum in potestatem adoptiui patris, expectare tamen eum posse propter adoptionem apud hunc etiam successionem ab intestato. Quid autem Iustinian. ad hanc celebrem emendationem permouerit, melius aperit *§. sed ea omnia, infr. lib. 3. tit. 1.*

§. 3. Quùm autem impubes, &c.

De arrogatione impuberis periculosior est locus. Potest arrogator videri captasse saltem bona diuitis pueri. Nam, vt dixi, si quid is, qui adoptatur, quod suū sit, habeat, id deinceps venit in ius & potestatem patris adoptiui; & potest etiam per hoc & ex hoc necem impuberis agnatis, qui si impubes iste moriatur, non sit autem arrogatus, certissimam spem habent successionis. Olim itaque impubes arrogari non potuit, auctore Agellio; sed admisit tādem arrogationem istam Antoninus Pius, verumtamen cum diligenti cautione, quod Iustinianus hic asscribit Occurrit etiam temeritati leuiter impuberem arrogantis, & rursus è sua familia reiicere volentis. Ergo imprimis nō admittitur eiuscemodi arrogatio, nisi cum diligenti causæ cognitione, de quo admonet *l. si paterfamilias 17 §. fin. & deinceps. D eod. tit.* Tum quo magis sit extra periculum puer, ante omnia cauebit is arrogator personæ publicæ, idq; interposita stipulatione, quod velit bona pupilli, si is impubes moriatur, illis restituere, ad quos pertinerent, si adoptio facta non esset. *l. non aliter 18. & deinceps. D. eod.* Sic itaq; stipulabitur Notarius: *Quicquid ex bonis Titii pupilli consecutus fueris, iis, ad qua ea res pertinet si*

intra

intra pubertatem moriatur, restituere spondes? subiiciet arrogator, *Spondeo.* Sed & auctoritate legis omissa ea stipulatio habebitur pro interposita. Itaque ex hoc saltem agetur deinceps aduersus arrogatorem, hereditatem ad se pertinere, eamq; restituere nolle dicentem, actione ex stipulatu, vel vtili actione, si non sit interposita stipulatio, *d. ll. 18 & 19.*

Nunc, quo ad dissolutionem adoptionis, constitutum est, si arrogator istum filium, quem semel arrogauit, deinceps è domo & familia sua velit repudiare, vel vltima voluntate per exheredationem, vel inter viuos per emancipationem, si quidem id faciat sine causa, restituat illi bona sua, & det siue relinquat hoc amplius quartam suorum bonorum partem. Quod si verò dignus reperiatur ista repudiatione, nempè, propter ingratitudinem, saltem debet ei bona sua restituere, vide Theoph. hic Accurs. item Hottom. Hæc igitur de arrogatione impuberis.

§.5. Minorem natu, &c.

Hæc deinceps præcipuè ad locum, quis possit adoptare & adoptari? & quomodo possit? pertinent, & qualecunque fuerit id ius olim? de quo vide alios. Hodiè videtur esse liberior ea facultas adoptandi, & potest quilibet facilè adoptare; fœmina tamen non potest, *vt infra, §. fœmina.* Potest tamen etiam saltem is verè, qui natura pater esse potest. Vnde ante annum adoptantis decimumoctauum non valet adoptio, *vt in §. præsenti.* Non potest etiam castratus adoptare, licet possit spado, *vt in §. sed & illud.* Porrò potest quis variè adoptare & adoptari; potest adoptare extraneum loco filii, item loco nepotis ex filio, tum sibi natura nato, tum etiam adoptiuo, &c. Potest etiam proprium nepotem adoptare loco filii, sed quo casu adoptat tãquam ex filio nepotem, vt post mortem filio etiã sit proprius heres, filii consensus requiritur, *ita in §. sed si quis.* Nouissimè potest quis etiam adoptiuum filium suum alteri rursus adoptandum dare, *vt in §. in plurimis.*

§.9. Sed & illud, &c.

Iurisconsulti, quando distinctè loquuntur, spadones vocant eos, nimirum, qui sunt quidem homines euirati, hoc est, qui generare non possunt; sed ita tamen, vt hoc ipsum vitium, qualecunque sit, arte Medici emendari, ipsoque tempore tolli possit. Contra, castratos vocant, quos certum est coire non posse, & qui eam facultatem sperare non possunt, veluti, si sit sine membro & testibus, vide *l. spadonum 128 D. de verbor. signif.* Spado igitur vxorem ducere potest, castratus non potest, hoc est, cum spadone est matrimonium, cum castrato non est, *l si serui 39. §. 2. D. de iur. dot.* Rursus castratus prębet vxori causam diuortii, spado nõ ilico, *l in causis 10. cum authen sequenti C. de repud. cap. laudabilem. extra, de frigidis, &c.* Et de hoc monui supra *ad tit. de nupt.* Sic igitur & spado adoptare potest, castratus non potest. Notant ad hos locos siue doctrinas, *adoptionem imitari naturam* Idem quod *in §. minorem natu* expressum est.

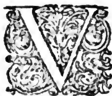
§.10. Fœminæ quoque, &c.

Concessum tamen etiam aliquando fœminis adoptare, vt legitur apud Harmenopulum, saltem non subiicit hæc eius adoptio suæ potestati adoptatum.

L QVIBVS

QVIBVS MODIS IVS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITVR.

TITVLVS XII.



Ideamus nunc quibus modis ii, qui alieno iuri sunt subiecti, eo iure liberentur. Et quidem (quemadmodum liberentur serui à potestate dominorũ) ex iis intelligere possumus, quæ de seruis manumittendis superiùs exposuimus. Hi verò, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui iuris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre, sanè omnimodò filii, filiæve sui iuris efficiuntur. Mortuo verò auo, non omnimodò nepotes, neptesve sui iuris fiunt; sed ita, si post mortem aui in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente auo pater eorum viuit, & in potestate patris sui est, tunc post obitum aui in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore auus moritur, aut iam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris: tunc ii, qui in potestatem eius cadere non possunt, sui iuris fiunt.

§. 2. Cùm autem is, qui ob aliquod maleficium in Insulam deportatur, ciuitatem amittit: sequitur, vt qui eo modo ex numero ciuium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate eius esse. Pari ratione & si is, qui in potestate parentis sit, in Insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgẽtia Principis restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.

§. 3. Relegati autem patres in Insulam in potestate liberos retinent. Et ex contrario, liberi relegati in potestate parentum remanent.

§. 4 Pœnæ seruus effectus, filios in potestate habere desinit. Serui autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subiiciuntur.

§. 5. Filiusfamilias si militauerit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris. Militia enim, vel consularis dignitas, de patris potestate filiũ non liberat. Sed ex Constitutione nostra summa Patritiatus dignitas ilico, imperialibus codicillis præstitis, filium à patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare; Imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?

§. 6. Si ab hostibus captus fuerit parens, quamuis seruus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum, propter ius postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reuersi fuerint, omnia pristina Iura recipiunt, idcirco reuersus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, in ciuitate

ciuitate ſemper fuiſſe. Si verò ibi deceſſerit, exinde ex quo captus eſt pater, filius ſui iuris fuiſſe videtur. Ipſe quoque filius nepoſve ſi ab hoſtibus captus fuerit: ſimiliter dicimus propter ius poſtliminii, ius quoque poteſtatis parentis in ſuſpenſo eſſe.

§.7. Dictum eſt autem poſtliminium à limine & poſt. Vnde eum, qui ab hoſtibus captus eſt, & in fines noſtros poſtea peruenit, poſtliminio reuerſum rectè dicimus. Nam limina ſicut in domo finem quendam faciunt: ſic & Imperii finem eſſe limen, veteres voluerunt. Hinc & limen dictum eſt, quaſi finis quidam & terminus. Ab eo poſtliminium dictum eſt, quia ad idem limen reuertebatur, quod amiſerat. Sed & qui captus victis hoſtibus recuperatur, poſtliminio rediiſſe exiſtimatur.

§. 8. Præterea emancipatione quoq; deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis obſeruationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones, & intercedentes manumiſſiones celebrabatur, vel ex Imperiali reſcripto. Noſtra autem prouidentia etiam hoc in melius per conſtitutionem reformauit, vt fictione priſtina exploſa, recta via ad competentes Iudices, vel Magiſtratus, parentes intrent, & filios ſuos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à ſua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis eiuſmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui, quæve à parente manumiſſus, vel manumiſſa fuerit, eadem Iura præſtantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti.

§.9. Et præterea ſi impubes ſit filius, vel filia, vel cæteri, ipſe parens ex manumiſſione tutelam eius nanciſcitur. Admonendi autem ſumus, liberum arbitrium eſſe ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in poteſtate habet, filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem verò, vel neptem retinere, & è conuerſo filium quidem in poteſtate retinere, nepotem verò, vel neptem manumittere, vel omnes ſui iuris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelligantur.

§.10. Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, auo, vel proauo naturali ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſum actis interuenientibus apud competentem Iudicem manifeſtauerit, præſente eo qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præſente qui adoptat, ſoluitur quidem ius poteſtatis patris naturalis: tranſit autem in huiuſmodi parentem adoptiuum, in cuius perſona, & adoptionem eſſe pleniſſimam antea diximus.

§.11. Illud autem ſcire oportet, quòd ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium poſtea emancipaueris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua,

nihilominus, quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quòd si post emancipationem, vel adoptione conceptus fuerit, patris sui emancipati, vel aui adoptiui potestati subiicitur. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptiui vllo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.

COMMENTARII.

HVc vsque de constituendis potestatis dominicæ & præcipuè patriæ modis ex Iure Ciuili. Deinceps propositurus est, quomodo ea potestas iterum dissoluatur, vt illi, qui sub potestate sunt, liberentur & fiant sui iuris, cessentque illi, (de quibus supra) huius iuris & patriç potestatis effectus. Et quidem, quomodo serui ex potestate dominorum liberentur, suo loco iam ante dictum est *de manumiss. seruorum.* De patria potestate iam potissimùm dicendum erit, quomodo ii liberentur, qui sub eorum potestate sunt, vt sui iuris fiant. Vbi proponit in summa, de morte parentis, de status mutatione in amissione ciuitatis & libertatis, de dignitate filiifamilias, de captiuitate apud hostes, de solemni filiifamil. emancipatione, & veluti manumissione, de noua adoptione, de quibus singulis ad singulos §§ in textu.

℣. Mortuo eo, &c.] Primus modus liberationis, vbi thesis est talis: Mortuo parente, in cuius potestate liberi fuerunt, statim ii liberãtur, nisi tamẽ dicatur auus mortuus, ex cuius potestate in nouam potestatem sui patris adhuc superstitis recidant, de quo docent alii textus. & vide *l. nepotes. 5. D. de his qui sui vel alieni iuris sunt.*

§. 2. Cum autem is, &c.

Secundus modus. Patria hæc potestas est ius ciuitatis, adeò, vt qui ciuis Romanus non est, in potestate habere, aut etiam in potestate esse non possit; & vt ille inquit: *Patria potestas constat indiuidua relatione duarum personarum Iuris Ciuilis non expertium.* Non modo igitur, qui ciues Romani non sunt, huius potestatis exercendæ ius non habent, *vt supra, de patria potestate. §. 2.* sed etiam amissa ciuitate, qui dicuntur ἀπόλιδες, & in peregrinitatem redacti, *l. quidam sunt serui pœna 17. D. de pœnis, l. 1. C. de hered. instituend.* Amittitur autem ciuitas exilio, quod propriè est in deportatione, quæ successit veteri aquæ & ignis interdictioni, *l. 1. D. de leg. 3. l. peculatus 3. D. ad leg. Iul. de peculatu.* Nimirum pœnæ sunt delictorum variæ, non modo mortis, sed etiam huiuscemodi exilii, cum quis eo modo in Insulam exutis omnibus bonis iureque ciuitatis cum infamia deportatur, vt perpetuò sit exul, nec ex loco interdicto excedere possit, nisi ab ipso Principe sit restitutus: Ab eo enim, qui plenè restitutus fuerit, pristina Iura, pristinos facilè recuperat honores. vide *D. tit. de interd. & releg. l. inter pœnas 6. l. relegatorum 7. Item l. relegati 4. & l. capitulum 24. §. in exilii. D. de pœnis. Item Cod. tit. de sententiam passis & restitutis. l. qui Insulam 6. & l. in quæstione, vlt.*

Porrò cum deportatione comparat Iustinianus relegationem, quæ pœna mitior est, nec dicitur propriè exilium; atqui hoc solem differt, quod vtcunq; etiam fiat in Insulam, tamẽ rarius est perpetua. Relegatus autem ciuitatem vel ius ciuitatis non amittit, nec bona vel. vide supra *dd. locis, tit. de interdictis & relegat. & ibidem l. relegatum 4. & l. exilium 5.* Relegatio igitur inter cætera etiam non adimit siue tollit ius patriæ potestatis, qua de re Iustinianus *hic & in d. l. 4. D. de interdict. & relegat.* Sunt & alii, qui ob delictum ex pœna serui etiam fiunt; & peculiariter serui pœnæ dicũtur, quasi ipsius pœnę serui essent, vt dãnati in metallum & ad bestias,

beſtias, qui ne ea quidem, quæ ex iure gentium ſunt, retinent, vt ſanè ideo & inter hos oporteat ceſſare ius huius, de qua agimus, patriæ poteſtatis. vide *in l. aut damnum 8 & in l. quidam ſunt ſerui 17. D. de pœnis.* Portò verò deportatis comparat & æquiparat Accurſ. noſtri temporis bannitos, qui afficiuntur proſcriptione Imperiali, de quibus *in vſib. feud, tit. de ſtatutis & conſuetudin. §. item nulla poteſtas*, & præſertim *in iure Sax.* von der Acht oder von der Verfeſtigung/vide etiam Gailium *in tract. de pace publica.*

§. 5. Filiusfamiliàs, &c.

Tertius modus ex filiifamilias dignitate. de quo ait Iuſtin. Non putamus decens, vt, quos nos in officium patrum prouehimus noſtrorum, ſub aliena ſint poteſtate. *Nouel. 81. vide etiam. l. fin C. de conſulib. lib 12. quam hic citat.* Scribit igitur hìc de Patriciatu, nimirùm, *Patriciatus illa dignitas apud Principem à patria poteſtate liberat.* Eſt autē is Patricius, qui quaſi intimus eſt ſenator Principis, & interius per conſilium Principis lectus, quales fortè hodiè ſunt, quos dicunt à Secretis. Et nota iſtum patrem Principis vocari. Addit nūc ampliùs de militia: *& ſi quis in ſenatum aut conſulatum ſit lectus, has dignitates*, ait, *à patria poteſtate non liberare*, licet hoc etiam extet, filium fam. in cauſis iis publicis eſſe magis loco patrisfamilias; vel, vt ille dicebat apud Agel, in talibus negotiis iura patrum acquieſcere paululum & ceſſare, vide. *l. ille à quo. 13. in fin. cum l. ſeq D ad SC. Trebell.* Agel. *lib. 2. cap. 2.* Attamen nouo iure aliæ etiam dignitates à patria poteſtate liberant, quales ſunt militiæ, & Conſulatus itidem, *vt in d. Nouel. 81.* vbi refertur Conſulatus, Prætoria præfectura, præfectura Vebicaria, Magiſterium militum, & dignitas Epiſcopalis, quibus apud nos reſpondere aiūt munus Cancellarii apud Principem, itē aulæ Mareſcallum, præſides Parlamentorum, & Iudicii Cameræ, item alios præfectos ampliſſimarum vrbium, & Epiſcopos. Hæ, inquam, dignitates filios hodiè à poteſtate parentum liberant. Et notandum eſt, eos, qui ita liberantur, ſaluo omninò ſtatu liberari, hoc eſt, capitis diminutionem per hoc non pati, de quo alibi ſumus audituri. vide *in d. Nou. 81.* Portò quod aliàs etiam de publicis cauſis dixi, ſcias iterum diligentiùs, etſi filiusfamilias eſt, tamen cùm publico officio fungitur, quatenus in eo verſatur, non attendi patriam poteſtatem; & ſic, ſi filius Iudex erit, Iudicis officio in patrem fungi poterit. Non enim hic vt filius, ſed vt Iudex ſpectatur, & ſeruit auctoritati publicæ auctoritas hæc parentum, *vt in d. l. ille à quo, cum l. ſequen.* vide etiam *l. cum prætor. 12. in fin. D. de Iudic. l. honor 14. §. ſi lebet. D. de munerib.* Apud Aggellium *ſupra d. loco* pulchrè Paulus philoſophus diſputat: publicis locis atque muneribus & actionibus patrū iura cum filiorum, qui in magiſtratu ſunt, poteſtatibus collata interquieſcere paululum, & conniuere; ſed cum extra Rempublicam in domeſtica re atque vita ſedeatur, ambuletur, in conuiuio quoque diſcumbatur, tum inter filium Magiſtratum & patrem priuatum publicos honores ceſſare, naturales & genuinos exoriri. Vide facti exemplum, quod adfert de Q. Fabio Maximo Conſule & Proconſule patre & filio, vbi Conſuli patri proconſul obuiam in equo vehens venit, nec deſcendit, vbi pater eſſet; vbi autem iuxta venit, tum Conſul ait: lictorem deſcendere iube. Iuſſit igitur ille deſcendere, quod & pater fecit; & filium collaudauit, quòd Imperium, quod populi eſſet, retineret. Ex quo diſcimus, quid debeatur Magiſtratui, & oportere in his officiis obſeruantiæ non hominem, qualis qualis ille ſit, ſed perſonam, quam gerit, reſpicere, &c.

§. 6. Si ab hoſtibus, &c.

Sequitur de captiuitate. Dixi ſupra ex Alciato, *patriam poteſtatem conſtare indiuidua relatione duarum perſonarum iuris Ciuilis Romani non expertium.* Serui autem non ſunt

 capaces

capaces siue participes iuris Ciuilis, & qui ab hostibus captus est, seruus eorum efficitur. Vnde fit, quod si vel patri vel filio tale quid accidat, cessare ius patriæ huius potestatis. Sed tamen proponitur de hac re & hoc loco aliquid singulare, nempe ius postliminii, & lex quæ dicta est lex Cornelia de testamẽtis. Illud ius, ius gentiũ esse dicitur. Hæc lex ex iure Ciuili est lata per Cornelium Syllam, & , vt voluit Viglius, primo bello Punico, cum 15. millia Romanorum cum Imperatore Regulo in Penorum manus venissent, de qua historia Cicero quoque *3. Offic.* Vide Vigl. *ad tit quibus non est permis. fac. testam.* nimirùm fit, vt captiui domum reuertantur permutatione, pace, redemptione, alii autem apud hostes etiam moriantur. Eos autem omne ius in Ciuitate semper amittere, testamenta ipsorum irrita esse, nec posse ius Ciuile suum recuperare, si redeant, &c. durum visum est. Itaque si ab hostibus domum legitimè reuersi fuerint, animo ibi manendi, ita statim liberali conditioni restituuntur, ac si nunquam capti fuissent, nũquam seruitus interuenisset, & nunquam ciues esse desiissent, & hoc ius dicitur postlimii; & dicuntur illi postliminio rediisse, quasi qui post ad idem limen sint reuersi & ad idem suum ius; inde enim dicitur postliminium, de cuius vocis interpretatione vide hic *text. & in l. postlim. 19. D. de capt. & postlim. reuersis.* & Cic. *in Top.* & de ipso postliminio etiam ampliùs in *dict. tit. Pand. de captiuis, &c.* Porrò si reuersi non fuerint, sed apud hostes tandem moriantur, ex prædicta lege Cornelia, benigna quadam interpretatione, finguntur mortui esse extra hostium captiuitatem in ipsa acie, vt ita testamenta eorum cõsistant, &c. Et sic nunc, quod ad locum nostrum attinet, ex captiuitate patris vel filii non statim interit ius patriæ potestatis. Verùm si captus redit postliminio, recuperat ius potestatis, & fingitur id semper cõstitisse, sin ibi moritur, statim post captiuitatem hoc ius interiisse. Vide *l lege Corn. 12. D. de testamentis & qui test. fac. possint. l. in bello 12. §. 2. l. in omnib. 18. D. de capt. & postl. reuersis. l. si pater 15. D. de suis & legit item l. fin.* & ibi Dd. *Cod. de sententiam passis & restitutis eum similib.*

§. 8. Præterea emancipatione, &c.

Quintus locus de emancipatione, quæ erat solemnis legis actio de potestate sua dimittendi liberos; sic dicta à mancipando & emancipando, & fiebat cum septẽ testibus & libripendente, id est, ponderatore, vt adhiberetur imaginaria quędam emptio & venditio, qui filium è potestate nolebat dimittere, & alterum, quem vocabant fiduciarium, inter quos & traditionem eius filii & manumissiones celebrabantur. Addebatur & aliud quasi symbolum Colaphorum, post quæ omnia filius è patris potestate dimissus & sui iuris esse dicebatur, sed cum quadam diminutione propter istas traditiones & manumissiones, de quibus omnibus antiqui illius iuris obseruationibus consule Vlpianum, Caium & Theophilum *in Instit.* Boëtium *in Topicis Cic.* & vide *l vlt Cod. de emancip.* Ex Constitutione Anastasii pater potest filium emancipare impetrata potestate ab Imperatore, eiusq; hac de re rescripto apud Magistratum edito & prolato, de quo *in l iubemus. C. de emancipat.* Sed hodie ex Iustiniani constit. simplicissime & planissime pater filium emancipat, nempe, sola professione in iudicio filium se suum suo iuri deinceps permittere denunciantis, de quo *in l. fin. C d. tit. de emancip.* Illud tamen obtinet, vt pater filium inuitum emancipare non possit, nec inuitus itidem emancipare cogatur. *Nouell. 89 cap 3. §. generaliter. l. non potest 31. D. de adopt. l. nec auus 4. Cod. de emancipat & infra eod. §. fin.* Licet ex causa tamen aliter fieri possit, nam pater nõnunquam cogitur filiũ emancipare, verbi gratia: Si dicatur filium contra pietatem immaniter

maniter tractare *l finali. D. ſi à parente quis manumiſſus ſit. l. nonnunquam 32. D. de adoptionib.* An inuitus etiam aliquo caſu emancipari poſſit quæritur? Dicunt quod non, vt *in d. Nouell 89 item in l iubemus 5. C. de emancipationib.* & Iulius Paulus *in ſententiis lib. 2. tit. 25.* ſed tamen videtur ob cauſam, nimirum ob ingratitudinem, id etiam fieri poſſe, *per §. Cum autem impubes. verſ. item non aliter.* vbi Theophilus, & vide hic *gloſſam finalem.*

Porro quis & quantus ſit effectus ex ea emancipatione, ſuo loco audiemus, & quàm latè etiam pateat is locus & ea tractatio, per totum propè librum dicemus, hoc eſt, quæ & quanta ſit in ea re mutatio iuris facta. Nunc ſufficit id dicere, hoc modo liberos à parentibus è ſua poteſtate & familia dimitti, quanquam mutata forma emancipationis, de quo ſupra, non videtur ex hoc contingere capitis diminutio, vt Dominus Cuiacius alibi annotauit.

Et vt concludam, his quidem modis filiifamilias certo iure efficiuntur ſui iuris. At hodie commentitio quodam iure, & quaſi quadam emancipatione ipſo facto & tacito conſenſu ex conſuetudine quadam dicuntur, & aliter ſui itidem iuris fieri. Primò, ſi pater patiatur filium ſuum extra domum ſuam, & vt vulgò loquuntur, extra panem ſuum negotiari, & ſi ſinat eum propriam alere familiam, in quibus olim tanquam in re dubia ſpectabantur, veluti coniecturæ & præſumptiones factæ iam liberationis, de quo licet videre *in l ſi quis patremfamil. as 3. D ad SC. Macedon. & l. 1. C. de patria poteſtate.* Secundò cenſentur nunc quoque ferè liberi quaſi quadam dimiſſione & emancipatione poſt nuptias, & matrimonio iam contracto; ſed & iterum alii nonnulli, ætate etiam annorum 25. ſimili ratione, commentitio quodam iure ad exemplum cuiuſdam emancipationis hanc poteſtatem diſſoluere, tradunt. Vide Harmenopulum *in Epitom. lib. 1. tit. 17.* Zaſium, Oldendorpium, item Baronem *hic.*

§. 10. Sed & ſi pater, &c.

Sexto nunc loco annumerat hic etiam adoptionem, nempe in ſpecie ſic dictam. Et nota hic adoptionem etiam diſſoluere poteſtatem, ſc. quo ad priorem parentem, qui in adoptionem dat, de quibus *ſupra tit. præcedenti* diximus. Intellige autem hæc iuxta *§. ſed hodie. eodem illo tit.* ſupra vbi diximus. Igitur adoptio etiam patriam poteſtatem diſſoluit, & rurſus eam conſtituit, diuerſo nempe reſpectu.

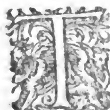
§. 11. Illud autem ſcire, &c.

Quæri poterat, ſi filium tuum emancipaueris, vel etiam in adoptionem dederis, an ob id & nepos ex eo nondum natus, ſed ſaltem conceptus, è tuo ſit iure emiſſus? Et ait, non eſſe, & eum nepotem, cum naſcitur, in tua poteſtate & familia naſci. Vbi nota, non natiuitatis ſed conceptionis tempus ſpectari, quantum ad hanc familiam & poteſtatem. Quod ſi poſt emancipationem filii conceptus etiam ſit nepos, iam extra tuam familiam eſt. Vide *l. ſed etiam nepos 14. D. de adoptionib.* Et hactenus de patria poteſtate, ac acquirenda atq; etiam iterum diſſoluenda.

DE TV-

DE TVTELIS.

TITVLVS XIII.


Ranseamus nunc ad aliam diuisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro iure tenentur. Videamus ergò de his, quæ in tutela, vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ in neutro iure tenentur. Ac priùs dispiciamus de his, quæ in tutela sunt.

§. 1. Est autem tutela (vt Seruius definiuit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, Iure ciuili data ac permissa. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tutores atque defensores: sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

§. 3. Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodò: nepotibus verò neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri.

§. 4. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamuis in potestate tua fuerint, scilicet, quia mortuo te in potestatem patris sui recasuri sunt.

§ 5. Quum autem in compluribus aliis causis posthumi pro iam natis habeantur, & in hac causa placuit non minùs posthumis, quàm in natis testamento tutores dari posse, si modò in ea causa sint, vt, si viuis parentibus nascerentur, sui heredes, & in potestate eorum fierent.

§. 6. Sed & si emancipato filio tutor à patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex sententia Præsidis, omnimodò, id est, sine inquisitione.

COMMENTARII.

Dixit de liberis, qui pendent ex potestate & auctoritate parentum & ex alieno iure, alieniqúe iuris esse dicuntur. Nunc dicturus est de iis, qui sunt sui iuris. Hi tamen quidam eorum sub tutoribus & curatoribus adhuc sunt, vt ex eorum etiam auctoritate pendeant. Ergò sui iuris sunt, qui non sunt sub ea potestate, vel dominia, vel parentum. Nunc igitur videndum de iis, qui ex his ipsis sub tutoribus sunt & curatoribus; vnde intelligemus eos, qui neutro omninò iure teneantur, & imprimis de Tutoribus, deinde de Curatoribus; vbi progreditur Iustinianus certo methodo, quod ipsi tituli ostendunt. Scias autem pleraque, quæ de Tutoribus dicuntur ad Curatores etiam pertine-

pertinere. Quæ autem sint inter hos differentiæ suo loco indicabitur. Et nunc primo loco de definitione, quid sit tutela; ex quo intelliges, qui sint tutores, & qui sint sub tutorum potestate, & ad quid sit hoc officium tutorum comparatum. *Tutela*, inquit Seruius Sulpitius, *est vis atque potestas in capite libero ad tuendum eum, qui se per ætatem defendere nequit, iure Ciuili data ac permissa.* Dicitur igitur tutela à tuendo, vt infra § 3. Porrò inquit *est vis & potestas*, verbum verbo exponens, *in capite libero* ait, indicans, quinam possint esse tutores, nempè homines liberi, vel etiam, quinam sub tutela esse soleant? homines liberi, non serui, & non qui alioquin sunt alienæ potestatis. Nam & regulariter filiusfamilias tutorem habere non potest, aut non solet, cum patris siue parentis affectum, cuius arbitrio regitur, nemo facilè vincat, *vt in l. cum furiosus. C. de Curatore furiosi.* Quidam igitur hic legerunt, *in caput liberum.* Ait deinde *ad tuendum eum*, indicans, quænam & qualis sit hæc potestas, & causam eius finalem. Addit autem latius, *qui se per ætatem defendere nequit*, vt simul etiam ostendat hac proprietate distinctionem inter tutorem & curatorem, de quibus alibi. Ergò tantùm impuberes, qui sui iuris sunt, quos propriè dicimus pupillos, item orphanos. *l. pupillus 239. D. de verb. sign.* ii, dico, sunt sub tutoribus, vt ab iis in hac tenera & imbecilli ætate defendantur, quod & de bonis & facultatibus & de persona etiam ipsa intelligatur. Sic igitur infra tit. 20. scribitur: *pupilli in tutela esse naturali iure conueniens est, vt is, qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur*, & in *l. tutoris 30. D. de administ. tutor.* scribitur: *Tutoris præcipuum officium est non indefensum relinquere pupillum.* Ait porrò *Iure Ciuili data atque permissa.* Et hæc verba in definitione sunt locus de causa efficienti. Tutela sanè ex iure naturæ est, id est, Iure naturæ æqua est, vt supra *ex tit. huius lib. 20.* Et nullæ itaq; ferè sunt gentes, quæ non receperunt hoc ius tutelæ, vnde & Nicasius interpres *sub tit. huius lib. 2.* scripserat, tutelam esse de iure gentium; sed interea tamen hæc nostra tutela ex iure Ciuili dicitur esse, nempè iure Ciuili recepta est & approbata. Iam porrò quod inquit, *data & permissa*, intellige tutelæ varietatem. Datur nimirùm à lege, nempè 12. tabulatum, permittitur parentibus in testamento *l. 1. D. de testamentaria tutela. l. 3. 5. & 9. D. de legit. tutorib.* Atque hinc etiam distingui & diuidi solet tutela in testamentariam, legitimam & datiuam. Et hæc de verbis definitionis. Sequuntur deinceps suo ordine cæteræ materiæ, & iam statim de testamentaria tutela, vbi post subiicitur locus, quinam tutores esse & dari possint, & similes. Ex definitione iam ante exposita dixi obseruandum locum & doctrinam, quinam tutores habere soleant, nempè ii, qui, cum impuberes, sui iuris sunt, hoc est, filiifamilias tutores habere non solent. Hic tamen addendum est, nisi pater iis alioqui superesse aut præesse non possit, dissipator bonorum sit, &c. de quo vide *l. fin. § si autem. C. de bonis quæ liberis. l. fin. § minores. C. de sententiam passis & restitutis*, vide & *l. fin. § pupillus. D. de verb. obligationib.*

§. 3. Permissum est itaque, &c.

Testamentaria tutela est hæc, quando parentes liberis suis impuberibus, quos habent in potestate, etsi alioquin exheredatis, posthumis etiam suis, testamento suo vel etiam Codicillis testamento confirmatis tutores dant, vel nominant, vide *D. de testamentaria tutela.* Et sic habes quàm breuissimè, qui testamento tutores dari, & quibus dari possint, & qua omninò vltima voluntate? Et hanc tutelæ dationem simpliciter lex probat, nihil dubitans de parentum fide in prospiciendo liberis suis. Sed quid igitur, si pater liberis emancipatis tutorem dederit? quid si mater dederit? Non omninò eiusmodi etiam tutelę dationem lex respuit, ita tamen recipit, vt Magistratus pius eam

M rem

rem cognoſcat, & ſua auctoritate tutorem confirmet, ante etiam verè de ſtudiis & moribus tutoris diligentius inquirat, & ſic confirmet. Vnde dicuntur tutores confirmati. *D. & Cod. tit. de confirmando tutor.* Verius tamen eſt, tutorem ſine inquiſitione iſta confirmandum eſſe. Patris enim iudicium videtur ſufficere, at matris ſiue mulieris infirmius eſt conſilium, vide *l. 1. D. & C. d. tit. de confirmando tutore.* Porrò eodem modo & naturali filio pater tutorem dare poteſt. *l. vlt. C. de confirmando tutore.*

QVI TESTAMENTO TVTORES DARI POSSVNT.

TITVLVS XIV.



Dari autem tutor poteſt teſtamento non ſolùm paterfamiliàs, ſed etiam filiusfamiliàs. Sed & ſeruus proprius teſtamento cum libertate rectè tutor dari poteſt. Sed ſciendum eſt, cum & ſine libertate tutorem datum tacitè libertatem directam accepiſſe videri, & per hoc rectè tutorem eſſe. Planè ſi per errorem, quaſi liber, tutor datus ſit, aliud dicendum eſt. Seruus autem alienus purè inutiliter teſtamento datur tutor: ſed ita, QVVM LIBER ERIT, vtiliter datur. Proprius autem ſeruus inutiliter eo modo tutor datur.

§. 2. Furioſus, vel minor vigintiquinque annis tutor teſtamento datus tutor tunc erit, quum compos mentis, aut maior vigintiquinque annis fuerit factus.

§. 3. Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel ſub cõditione, vel ante heredis inſtitutionem poſſe dari tutorem, non dubitatur.

§. 4. Certæ autem rei, vel cauſæ tutor dari non poteſt: quia perſonæ, non cauſæ, vel rei tutor datur.

§. 5. Si quis filiabus ſuis, vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ, vel poſthumo dediſſe videtur: quia filii, vel filiæ appellatione, & poſthumus & poſthuma continentur. Quòd ſi nepotes ſint, an appellatione filiorum, & ipſis tutores dati ſint? Dicendum eſt, vt & ipſis quoque dati videantur, ſi modò liberos dixerit. Cæterùm ſi filios, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè ſi poſteris dederit, tam filii poſthumi, quàm cæteri liberi continebuntur.

COMMENTARII.

Hoc titulo præcipuè docebit, quinam poſſint à parentibus teſtamento tutores dari. In Cod. generalior videtur eſſe tit. *Qui dari tutores poſſint, & qui dari non poſſint.* De hoc igitur etiam nunc videamus, & ſic à genere ad ſpeciem venire licet. Indicandum

caracæ

tamen, si quid in testamentaria hac tutela sit speciale. Porrò post hoc generale caput sunt huius tit. aliæ etiam partes, quod suo loco monebimus. Nunc ad hoc primum, vbi non est opus multis disputationib. sed sufficit simplex recitatio cum aliqua causæ assignatione. Cæterum, quod ad methodum tractationis attinet, tenendum est, ita Iustinianum rem præsentem proponere, ac si generali regula velit docere, omnes omninò homines tutores fieri posse, & postea subiicere exceptiones. *Tutores*, inquit, *testamento dari possunt tam homines serui, quam liberi*; & serui alieni æquè ac proprii, etsi in nonnullis in modo ipso est aliquid discriminis, vt cum conditione scilicet dentur. De quo ad textum. Quod de seruo dicitur, intellige tamen, vt etiam sit vel fiat liber, aliàs seruus, vt seruus, tutor esse non potest, quod dixi ad definitionem. Iam ampliùs *tutores dari possunt, non magis paterfamilias quàm etiam filiusfamilias.* Nec opus est hic consensu & iussu patris, cum tutela sit munus publicum. Vtrum tamen pater consenserit an non, in hoc interest; quòd si filio tutelam administraturo auctor sit suo consensu, ex administratione in solidum ipse etiam teneatur, cum aliàs peculiotenus tantum teneretur, vide *l. Titius 21. D. de adm. tut. l. si filiusf. 7. D. de tutelis.* Et hæc quidē in genere. Nunc ordine de prohibitis; vbi & indicandæ sunt differētiæ quædā iuris nostri Saxonici.

Equidem tutores esse prohibentur; alii propter animi vel corporis vitium, propter quod huic negotio præesse non possunt, qui & ipsi tutoribus magis opus habent, quales sunt furiosi, mente capti, minores 25 annis, mutus, surdus. *l. 1 §. vlt. D. de tutel. l. vlt. C. de legit. tut.* Alii ob fauorem publicum, ne à grauorib. rebus & occupationib. distrahātur, vt milites, vt Clerici & Monachi *l. militia 4. C. qui dari tutor. &c.* Itē Constant. Harmenop. *lib. 5. tit. 11.* Hodie tamen Clerici tutores nonnunquam fieri possunt; nec sanè videtur hoc alienum esse ab ipsorum vocatione. Vide de hoc *in Nou. 123. de sanctissim. Episcopis c. 5. item c. peruenit. distinct. 86.* Quidam etiam à tutelæ munere arcentur ob suspicionem quandam sinistram, quæ de iis & ipsorum administratione cōcipi posset. Huc pertinet maritus, qui vxori tutor vel curator esse non debet, vt nec sponsus sponsæ suæ *l. maritus 2. C. qui tut. dari, &c. l. 1 D. de excus.* Et si omninò hæ fœminæ Curatore opus habebunt, alius quidam potius dabitur, quē maritus petet, vid. *l. amplissimi 4. C. de excus. tut.* Sanè procurator vxoris suæ maritus esse non prohibetur, cum præsertim à iudicio propter reuerentiam publicam arceatur. *l. maritus 31. C. de procur. l. maritus. pen. D. ad l. Falc.* Porrò ad hunc ordinem pertinent etiam pupilli debitores & creditores: suspecti enim facilè fiunt. *Nouell. 27.* Huc pertinet patris pupilli inimicus, vide Paul. *in sentent. lib. 2. tit. 5.* & is datus se excuset, vt infra. Non satis tutū est, pupillorum futurum heredem tutorē ipsis facere, quod Solon monuit, sanè sine satisdatione, & id iure nostro receptum est, *vt infra alio loco.* Nouissimè tutores etiam esse siue fieri prohibentur ob sexum. Tutela n. munus virile est, quo mulier defungi non debet. *l. tutela 26. & l. vlt. de tutelis.* Vide & *l. fœmina 2. de reg. iur.* At nouo tamen iure ob animi singularem affectionem matribus & auiis liberorum tutela non denegatur; ita tamē, vt abstineant à secundis nuptiis, & renuncient Senatusconsulto Velleiano: Tutela n. species intercessionis esse videtur. Quod si iterum nubant, rationes reddent, & alium tutorem liberis suis petent; quod si non ita fecerint, grauiter punientur. Equidem si, quod diximus, fecerit mater & auia, hoc est, Senatusconsulto & nuptiis renunciauerit, præferetur omnibus aliis in tutela, exceptis tamen testamentariis. Vide *C. quādo mulier tut. officio fungi poss. & Auth. ibi adscriptas. item Nouell 118.* Sed & ipsæ, etsi debitrices & creditrices sint, non repelluntur à tutela. *Nouell. 94.* Hi igitur sunt qui à tutela arcentur, idque his ex causis. Cæteri

M 2 tuto-

tutores esse possunt, siue sint liberi, siue serui, siue patresfamilias, siue filiifamilias, *vt supra*. Nunc, quod ad ius Saxonicum attinet; primò, illo iure maritus à tutela siue cura vxoris non arcetur, imò constitutum est, vt sit perpetuus vxoris suæ curator *libr. 1.* Landtrecht. *artic. 31. & 45.* Secundò, illo itidem iure futurus heres pupilli eius idoneus tutor etiam sine satisdatione est. *lib. 1. artic. 23.* Et de fœminarum tutela vide annotata *in d. art. 23.*

§. 2. Furiosus vel minor, &c.

Ex iis, qui tutores dari non possunt, sunt tamen, qui sub conditione, veluti, si compos mentis eris, rectè tutores dantur. Sed & accidit, vt pura datio ita accipiatur, nempè, in casu apto, ac si conditio adscripta sit. Ergò etiam furiosus simpliciter tutor datus, si compos mentis erit, tutor erit. Hoc enim velle videtur testator *l. si heredes 10. pen. D. de test. tutela.*

§. 3. Ad certum tempus, &c.

Alia nunc est pars Tit. & quæ proponit formam & modũ dandi testamẽto tutores. Sed & hoc primum generaliter proponi potest, vt post dicatur de testamentaria tutela, in qua, quod ad hanc rem attinet, est aliquid discriminis. Igitur tutores dari solent & debent saltem purè, indefinitè, sine certo tempore, sine præscriptione negotiorum & bonorum, veluti: *Sic Tutor liberorum meorum esto; non ita tutor ad hanc actionẽ, ad hoc negotium, horum bonorum, vel ad administrationem huius vel istius controuersiæ esto, &c.* Si quidem tutor semel dari debet simpliciter; & personæ datur, quæ est indiuidua, vide *l. certarum 12. cum duabus seqq. D. de test. tut. l. muto, 6. §. 2. D. de tutelis, & l. actus legitimi 77. D. de reg. iur.* Illud tamen obtinet, vt vniuersalis bonorum, quæ quis alio loco habet, veluti in Syria, tutor dari vtiliter possit, de quo *in l. si tuus. D. de test. tut.* & hæc quidem ita regulariter. Verùm docet nunc hoc loco Iustinianus, testamento posse tutorem sub vel cum conditione dari, item ad diem & ex die, veluti: *tutor liberorum meorum sis; si hoc vel illud feceris; item tutor sis vsque ad biennium, post biennium.* Sed quæstio; cum ita datus est, nempè sub conditione, aut cum die, quis erit tutor interea, dum conditio & dies veniet? Nam oportet pupillũ tutorem habere (de hoc verò docetur alibi) magistratum interea tutorem substituere debere, qui adueniente conditione aut die, à tutela abibit. *Ita infra tit. 22. §. 2.* Quod si obiicias: sed ita etiam magistratus tutorem dat ad tempus ex tempore; putamus huc accõmodari regulam: Expressa nocent, non expressa non nocent *l. expressa 195. D. de regul. iur.*

§. 5. Si quis filiabus, &c.

Alia iterum est quæstio de tutela testamẽtaria, de interpretatione verborũ in forma & modo dationis, nempe si quis multiplicis generis liberos habeat aut relinquat, veluti filios, filias, filios, & nepotes, natos & nondũ natos & vsus sit aliqua breui & simplici formula, veluti: *liberis meis tutores do istos:* an omnib. videatur dedisse? Et nota hic in ea re masculinum genus siue sexum continere etiam fœmininum, *l. si ita scriptum 45. D. de legatis 2. vide & l. qui duos 62. l. seruis legatis 81. D. de legat. 3.* Et in fauorabilib. nondum natos pro natis iam haberi, vide *l. si quis filiab. 5. D. de test. tut. item l. quod dicimus 231. D. de verb. sign. & l. qui in vtero 7. & 27. D. de statu hominum.* Et rursus liberorum appellatione etiam nepotes meritò comprehendi, vide *l. quid si nepotes 6. D. de test. tut. & l. liberorum 220. D. de verborum significationib.*

DE LE-

DE LEGITIMA AGNATORVM TVTELA.

TITVLVS XV.



Vibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, nepos ve ex eo: item patruus, & patrui filius, nepos ve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione iunguntur, agnati non sunt, sed aliàs naturali Iure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus: & inuicem tu illi eodem Iure coniungeris, quia qui ex ea nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.

§. 2. Quòd autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omninò non fecerit testamẽtum is, qui poterat tutores dare: sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, quùm is, qui datus est tutor, viuo testatore decesserit.

§. 3. Sed agnationis quidem ius omnibus modis capitis diminutione plerunque perimitur. Nam agnatio Iuris Ciuilis nomen est. Cognationis verò Ius non omnibus modis commutatur: quia ciuilis ratio, ciuilia quidem iura corrumpere potest, naturalia verò non vtique.

COMMENTARII.

SEquitur secundæ tutelæ species, quæ dicitur legitima, & primo loco occurrit legitima agnatorum. *Legitima* dicitur, ꝙ lege defertur, & quidẽ lege 12. tabul. *Agnatorum*, quod agnatis pupilli defertur, non cognatis tantum. Et quidem cessante testamentaria tutela, cum testamento parentis de tutela nõ est prospectum, lex ipsa ad tutelam inuitat & vocat proximum pupilli agnatũ, qui sperat intestati mortui successionem, nimirum, vt qui sperant successionem, ii tueantur etiam bona. Hęc enim est legis ratio *l.1.D.de leg.ag.*

De vtraq; re nominatim etiã fuit lex, nempè: *Intestato mortuo agnatus proximus familiam habeto.* Et rursus: *Intestato patre familias mortuo agnati proximi impuberũ tutores sunto,* vide Cic. *2. de Inuent.* Et hæc est summa huius tit. hęcq; lex de ea re. Deinceps, vt solet fieri, verba pręcipua & dubia legis exponit, quis sit cognatus? *§ sunt autẽ,* quis ab intestato mortuus? *§. quod autem lex,* & quis proximus, siue quomodo verbum proximi accipiatur? *§. fin. tit seq.* qui locus ad hunc tit. pertinet, & vide *l. proximus 92. l. proximi 155. D. de verb. sig. Item l si plures 9. D. de legitimis tutorib.*

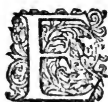
§. 3. Sed agnationis, &c.

Hoc loco dicẽdum est, quomodo per capitis diminutionem intereat siue perimatur tutela, quo pertinet etiam *§. pen. infr. tit. proximò,* nempè, quando tutela ex Iure Ciuili est, siue Iuris Ciuilis est, amissa ciuitate, vel quo ad tutorem vel ad pupillũ, quod fit maxima

& media capitis deminutione, & tutelam perimi necesse est. Atque legitima hæc tutela eò amplius ex prælatione & prærogatiua Iuris Ciuilis est, nempè, quòd ius agnatos præfert cognatis. Tollitur ergo & perimitur etiam ea tutela minimo quodã Iure Ciuili, & minima capitis deminutione, & hoc est quòd isto loco vult Imperator. Porrò verò hodiè hac in re nõ præfertur agnatus cognato, vt nec in successione. *Nou.118.c.5.* Ius tamẽ Saxon. retinet ius illud antiquum, præferẽs hic agnatos cognatis. de quo *lib.1.* Landtrecht/ *art.23.*

DE CAPITIS DEMINVTIONE.

TITVLVS XVI.



EST autem capitis deminutio prioris status mutatio. Eaq; tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, (quam quidam mediam vocãt) aut minima. Maxima capitis deminutio est, cùm aliquis simul & ciuitatem & libertatem amittit, quòd accidit his, qui serui pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis, vt ingratis erga patronos condemnatis; vel his, qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.

§.2. Minor siue media capitis deminutio est, quùm ciuitas quidem amittitur, libertas verò retinetur. Quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei, qui in Insulam deportatus est.

§.3. Minima capitis deminutio est, quùm ciuitas retinetur & libertas, sed status hominis cõmutatur: quod accidit his, qui quùm sui iuris fuerint, cœperũt alieno iuri subiecti esse, vel contra: veluti si filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

§.4. Seruus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

§.5. Quibus autem dignitas magis quàm status permutatur, capite non minuuntur. Et ideo à Senatu motos capite non minui constat.

§.6. Quòd autem dictum est, manere cognationis ius etiam post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interueniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio interueniat, ius quoque cognationis perit, vtputa seruitute alicuius cognati: & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in Insulam quis deportatus sit, cognatio soluitur.

§.7. Quùm autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantùm, qui proximiori gradu sunt, vel si plures eiusdem gradus sunt, ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui vnum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.

COM-

COMMENTARII.

Meminerat capitis deminutionis, eam hic *ex tit Pand. de capite minutis* explicat, docens, quid sit. & quotuplex? *Capitis*, inquit, *deminutio est prioris status mutatio; eaque aut maxima est, aut media, aut minima.* Nempè ciuis Romanus, qui integri status, & integri capitis esset, habuit in eo præsertim hęc tria: videlicet Libertatem cõmunem iuris gentium; Ciuitatem siue ius ciuitatis; & familiã vel ius familiæ inter suos. Et qui ista non obtinet, siue in isto iure & ordine non stat, vt seruus, statum & caput eatenus inter Romanos nullum habere dicitur. Vbi verò in eorum numerum refertur, qui in tali loco & iure dicuntur consistere, iam primum statum accipit; quando autem eorum trium aliquod amittit, quod plerunque ob delictum accidit, sanè in maxima & media capitis deminutione, quæ publici Iuris statum immutant, *l. amissiones. §. fin. cum l. seq. ff eod. tit.* tunc dicitur capite minutus & capitis deminutionem passus. Et quidem si qualibet de causa in seruitutem redigatur, neque ciuitatem retinet, neque familiam siue ius agnationis; adeoque & cognationis ius amittit ille, licet ipsa cognatio, vtputa naturalis, amitti non possit, *l. iura sanguinis s D. de reg. iur.* Et hic igitur dicitur passus capitis deminutionem maximam, siue hæc dicitur maxima capitis deminutio. Qui verò atrocitate quadam pœnæ ciuitatem amittit, vt deportatus & exul, ius agnationis, quod Ciuile, imò & ius cognationis retinere nõ potest; Libertatem tamen cõmunem iuris gentium ob id non amittit, & ideo minor est ista capitis deminutio siue media. Minima est, siue accidit in amissione familiæ, hoc est, iuris agnationis, vbi retinetur libertas iuris gentium & Ciuitas, imo & ius cognationis. Porrò accidit hoc emancipato, item adoptato & arrogato. Sed alibi notaui, hodiè ob hæc ferè capitis deminutionem non contingere, prę sertim etiam ex nouo Iure Iustiniani. Nunc illud tenendum est, extra hanc triplicem rationem posse quidem statum mutari, & sæpè non sine infamia, vt accidit in relegatione, vt tamen non ideò statim contingat hæc capitis deminutio, nocens tutelis, testamentis, hereditatibus, &c. Sic igitur intelligas definitionem nostram, vt ad statum, qui in illis tribus rebus consistit, referatur. Et huc respicit Imperator *§. quib. autem dignitas. &c.*

DE LEGITIMA PATRONORVM TVTELA.

TITVLVS XVII.



EX eadem lege duodecim tabularum, libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosq; eorum pertinet: quæ & ipsa legitima tutela vocatur, nõ quia nominatim in ea lege de hac tutela caueatur, sed quia perinde accepta est per interpretationẽ, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quòd hereditates libertorum libertarumq;, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos, liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quùm & agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem & tutores esse iusserit; quia plerunq; vbi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerunq;, quia si à fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, quùm alius sit tutor.

COM-

tores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset à viuo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si seruus mansisset, vtiq; eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis. Quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus obseruari generaliter præcepit.

DE ATTILIANO TVTORE, & eo, qui ex lege Iulia & Titia dabatur.

TITVLVS XX.

SI cui nullus omninò tutor fuerat, ei dabatur in vrbe quidem à Prætore vrbano, & maiore parte Tribunorum plebis tutor ex lege Atilia: in prouinciis verò à Præsidibus prouinciarum ex lege Iulia & Titia. Sed & si in testamento tutor sub conditione, aut ex die certo datus fuerat: quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex eisdem legib. tutor alius interim dari poterat. Item si purè datus fuerat: quamdiu ex testamento nemo heres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut heres extiterat.

§. 2. Ab hostibus quoq; tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in ciuitatem reuersus fuerat. Nam reuersus recipiebat tutelam iure postliminii.

§. 3. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primò Consules pupillis vtriusq; sexus tutores ex inquisitione dare cœperũt, deinde Prætores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus neq; de cautione à tutoribus exigenda, rem saluam pupillis fore: neq; de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cauebatur.

§. 4. Sed hoc Iure vtimur, vt Romæ quidem Præfectus vrbi, vel Prætor secundum suam iurisdictionem; in prouinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus iussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.

§. 5. Nos autem per constitutionem nostram huiusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata iussione Præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti vsq; ad quingentos solidos valeant, Defensores ciuitatũ vna cum eiusdẽ ciuitatis religiosissimo Antistite, vel alias publicas personas, id est, Magistratus, vel Iuridicum Alexandrinę ciuitatis, tutores vel curatores creare

legitima cautela secundum eiusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

§. 6. Impuberes autem in tutela esse, naturali iuri conueniens est, vt is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

§. 7. Quùm ergo pupillorum pupillarumq; tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ iudicio rationem reddent.

COMMENTARII.

SEquitur nunc tertiæ tutelæ species, quæ est datiua tutela, siquidem, si neque testamento tutores dati erint, neq; sit aut supersit legitimus alius ad eam rem idoneus, Magistratus tutores dabit. Nam est hoc Magistratus præcipuè officium defendere pupillos, quod & ita faciet, si iis de idoneis prospexerint tutoribus. Vnde Vlpian. *in l. 1. D. de iurisd.* scribit: ad officium ius dicentis pertinet, tutores non habentibus constituere. Et D. Seuerus dicebat; se omnem rationem adhibere subueniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, *l. 2. D. qui petant tutores* Porrò inscriptio huius tit. talis est, ex legib., ex quibus vel secundum quas tutores dabantur. Nunc postquam exposuimus argumentum Tituli, dicendum est nobis in hoc capite de doctrina; Quis Magistratus tutores dare possit? quos possit? quibus pupillis possit? & quomodo dare possit & debeat? Et imprimis videndum est etiam diligentius, quo casu huic tutelæ datiuæ locus sit, de quo sic breuiter dicendum. Cum superiores illæ tutelæ, nempè testamentaria & legitima, cessant, tunc Magistratui hoc munus incumbere. Cessant autem illæ, vel quod testamēto tutor nullus omninò datus est, legitimusq; nullus qui recipiat administrationem superest, aut nullus idoneus est, vel sanè quod is, qui alioquin tutor est, ad tempus, certam quandā ob causam excusatus est administrareve nō potest, veluti si sub conditione aut ex tēpore datus est, &c. Et sic nunc hos tutores possumus diuidere & distinguere, vt alii sint perpetui, alii saltem tēporarii, vt sic loquar. Sed nunc videamus qui Magistratus ius dandi habeant, & quos possint dare, quib. pupillis, & quomodo? De quibus quidem etiā textus noster, sed tamen propemodū antiquitatem & variā mutationem iuris saltē habet, vt in singulis videbitis §§. Equidem Vlpian. sic scripsit: tutoris datio neq; Imperii est, neq; iurisdictionis, sed ei soli cōpetit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel SC. vel Princeps. *L. muto 6. §. tutoris datio. D. de tutel.* Atqui quo iure nunc vtimur ex tit. *de tutor. & curat. qui ius dandi habent.* Magistratus saltē loci, is, inq. qui vtrunq; & pupillum & tutorē sub sua habet iurisdictione, suoq; territorio, tutores dare potest, vide *in d. tit. de tutor. qui ius dandi habent, &c. l. 1. 3 & 24. Item C. qui dare tutores possunt, l. neq; 5. & l. vn. C. vbi petant tutores.* Ad pupillū etiam ipsum quod attinet, satis ferè est, eum ad territoriū Magistratus pertinere, ratione originis, vel domicilii, vel deniq; possessionū & facultatum, de quo vide *in d. l. vnic.* & ibi gl. atq; Dd. *& in d. tit. Pand. de tutor. & curat. datis ab his, qui ius dandi habent.* & solēt iam etiā, vt hîc in textu *in §. sed ex his.* tutores a Magistratib. dari cum inquisitione & satisdatione, & cogi etiam poterunt & ad tutelam, & ad satisdationem. Hæc igitur breuiter & coniunctim de istis capitibus. Nunc saltem videamus, quid proponat Iustinianus in textu.

DE AVCTORITATE TVTORVM.

TITVLVS XXI.

AVctoritas autem tutoris in quibusdā causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: vt ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria

cessaria tutoris auctoritas. Quod si aliis promittāt pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Nāq; placuit meliorē quidem conditionē licere eis facere, etiā sine tutoris auctoritate, deteriorē verò non aliter, quàm cum tutoris auctoritate.

§.2. Vnde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, vt in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interueniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at inuicem pupilli non obligantur.

§.3. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate (quamuis illis lucrosa sit) ne vllum damnum habeant.

§.4. Tutor autē statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimauerit. Post tempus verò, vel per epistolam, aut per nuncium interposita auctoritas nihil agit.

§.5. Si inter tutorem pupillumq; iudicio agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor (vt olim) constituitur, sed curator in locum eius datur: quo curatore interueniente, iudicium peragitur, & eo peracto curator esse desinit.

COMMENTARII.

HActenus adhuc exposuit, quid sit tutela, & quotuplex sit, nimirum, quàm variè tutores constituantur, vt cum lex ipsa ad tutelam vocat, aut pater testamēto tutorem dat, aut sanè Magistratus dat, nunc dicet constituto tutore, quod sit ius illius, quæve in pupillum potestas, siue potius, quæ sit auctoritas tutorum? Dixi ad definitionem tutoris præcipuum munus esse defendere pupillum. Atq; hoc etiam ad facultates & bona pupilli pertinet, ne dilapidentur, *l. 1. D. de legit. tutor.* & ne diminuantur *infr. de satisd. §. 1.* Ergo & administrabit siue geret fideliter tutelam, vbi si secus faciet, tenebitur de dolo & culpa. Vide *D. de administ. tut. vbi in l. 3. 5. 7. item 33.* & sua auctoritate suoq; consensu cōstituet de pletisq; negotiis sui pupilli. Auctorem n. fieri est approbare, ꝙ agitur. Debet autē certo animi iudicio in ipso negocio auctor fieri tutor, & ꝓbare vel improbare, vide *D. de auct. tut. vbi in l. etiamsi 3 & l. obligari 9. §. tutor. & infr. eod. tit. §. tutor autem.* Et quidem, vt IC. scribit, pupillus nec velle nec nolle in ea ætate nisi apposita tutoris auctoritate creditur. Itaq; sine tutore in negotiis non rectè agit *l. pupillus 189. D. de reg. iur.* Sed tamen nō in omnib. etiam tutoris auctoritas omninò necessaria est. Et in quib. sit ea omninò necessaria, in quib. non sit, diligētius docebit hic tit. Vbi ꝓponitur ea in re celebris illa regula: *Placuit meliorem suā conditionem licere pupillis facere, etiā sine tutoris auctoritate: deteriorē verò non aliter, quàm cū tutoris auctoritate.* Eam aūt regulam sic explicat Iustinian. ꝙ pupillus etiā sine tutoris auctoritate alios sibi obligare possit, obligari verò non possit, vel se aliis obligare nō possit. Exēpla ꝓponit hic & alibi, *vt infr. lib. 2. tit. 8 quib. alien. licet vel non, §. nunc admonendi, cum seq. & infr lib. 3. tit. 20. de inutilib stipul §. pupillus omne negotium,* nēpè, si pupillus qd dari sibi stipuletur, veluti mutuū aut pecuniā mutuam sibi reddi, aliū sibi obligat; sed si ipse ꝓmittat, veluti mutuam pecuniam reddere, non obligatur; & rursus ex deposito ex pignore, id est, si depositum accipiat, si pignus accipiat, alium sibi obligat, ipse vicissim non obligatur.

Et nunc quidem huius etiam regulæ limi-

tationes, vt vocant, aspiciamus, nimirum imprimis pertinet saltem hæc regula ad contractus vel quasi contractus, non ad delicta. Nam ex delictis etiam sine tutoris auctoritate obligabitur, modo sit doli capax, *l. pupillum 111. D. de regul. iur.* Deinde intelligenda est ea regula, vt tamen dicamus, pupillum etiam sine tutoris auctoritate promittentem & accipientem naturaliter obligari, cum factus est locupletior. *l. 1. D. de nouat. l. si pupillus 21. D. ad leg. Falcid. cum similib.* Quod si locupletior non est factus, ne naturaliter quidem dicitur obligari, *l. quod pupillus 21. D. de condict. indebiti. l. pupillus 59. D. de obligat.* Amplius, si pupillus tamen rem saluam habeat, aut ex ea sit locupletior, exceptio etiam competit ex regula: Iure naturæ æquum est, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem. *l. iure natura 226 D. de regul. iur.* Verbi gratia: Si pupillo sine tutore mutuum sit datum, vel etiam commodatum, si apud eum depositum, neganti restitutionem, si quidem vel habeat, aut ex ea sit locupletior factus, obstabit exceptio, quod dolo faciat, quod velit causa aliena iactura locupletari. Eodem modo si emit quid, ex quo venditorem sibi obligauit, etsi ipse venditori non sit obligatus; si, dico, rem emptam petat, exceptio competit iniquè agere eum, qui petit rem non dato etiam precio. Quòd si id, quod accepit, penes ipsum iam non extet, neque ex eo sit locupletior; sed res ea malè periit, veluti, si mutuum acceptum sine tutore malè consumpsit, frustrà in eum agit; & imputet sibi, qui temerè mutuum dedit. Eodem modo, si debitor ipsi soluat sine tutore, si quidem ea pecunia extet, aut ex pecunia pupillus pauperior non sit, sed locupletior, iterum petenti obstabit exceptio. Sin eam pecuniam malè absumpsit, iterum dare cogitur, qui perperam soluit. Sed & ex hoc loco illud venit, quod pupillus, si sine tutoris auctoritate mutuum det, non transferat dominium & non contrahat mutui obligationem; ideoque ea pecunia statim vindicari potest. Si tamen ab accipiente bona fide, id est, qui nescit hunc esse pupillum, consumpta sit, conualescit per hoc mutuum, vt mutui obligatio & actio sit, *ita infra d. tit. 8. lib. 2.*

At amplius distinguendum est etiam inter pupillum. Nam alius dicitur & est infans, alius infantiæ proximus, alius denique proximus pubertati. Infans est vsque ad annum septimum, post hoc infantiæ adhuc proximus, donec propè iam accedat ad tempus pubertatis, quod putant fieri post annum sesquivndecimum, vide Gloss. *in dict. §. pupillus, lib. 3.*

Alii tamen post annum duodecimum, ita *in l. pupillum 111. D. de regul. iur.* Ergo quod hactenus diximus & definiuimus pupillum cum tutore rectè omnia agere, sine tutore saltem alios sibi obligare, id ad eum saltem pertinet, qui maior est tamen infante, non qui infans adhuc est. Nam is nihil creditur intelligere, vt saltem hic tutor rem agere debeat. *dict. §. pupillus, infra lib. 3.*

Nunc quod est in regula: *deteriorem non aliter, quàm cum tutoris auctoritate:* id ita intelligatur, vt tamen, si deceptus aut fraudatus sit in negocio pupillus, sit hoc periculum tutoris, si quidem dolo vel culpa ipsius quid sit vel admissum vel omissum, *l. si tutor 17. D. eodem titul.* Quod si etiam nihil horum sit, & non possit accusari tutor, restat tamen pupillo circumuento restitutio in integrum. *l. minoribus 2. & l. final. Cod. si tutor vel curator interueniat.* Et hæc de tutoris auctoritate hoc in loco.

Illud addendum est, in iudicio etiam pupillum sine tutore versari non posse, cum & hic subsit periculum. *C. qui legit. person. standi in iudic. habeant vel non.* Porrò sunt etiam negotia, in quibus tutoris auctoritas non sufficit, sed eò amplius ipsius etiam Magistratus cognitio & decretum desideratur, veluti, si fortè res immobiles pupilli alienan-

alienandæ erunt, si pupilli debitoribus satisfaciendum, vide *D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt sine decret. non alien. item infra lib. 2 §. pen tit. 8.* Et ita habes breuiter de auctoritate tutorum, quid sit, in quibus rebus pupillis necessaria sit, in quibus non sit, & de contractibus etiam pupillorum, quomodo sine tutore contrahentes non obligentur, nisi saltem naturaliter, si sint facti locupletiores, id est, non pauperiores. Vnde & exceptio est aduersus eos, & singulari quadam etiam ratione actio, vide *l. pupillus 5. §. 1. ad fin. D. eod. tit.* ne hic lædatur regula: *Iure naturæ æquum est, &c.* vulgata *l. iure naturæ. D. de reg. iur.* Ex delictis suis obligantur, sed de delictis impuberum alibi dicemus. De Curatoribus & de eorundem auctoritate loco paulò pòst monebimus.

§. 3. Neque tamen, &c.

Videtur esse exceptio quædam à prima parte regulæ, cum dicitur, licere sine tutore rem facere meliorem: *Hereditatem* inquit, *pupillus adire sine tutore non potest, quamuis lucrosa sit, nec vllum damnum habeat.* Sic enim legendum est. *l. obligari 9. D. eod.* Sed quæ est causa diuersi iuris? Equidem si dubia sit causa hereditatis, multa mouere poterunt. Quod autem ad præsentem circumstantiam locupletis hereditatis attinet, docent Iurisconsulti hereditatem sine iudicio animi non posse adiri, & eum, qui hereditatem vult acquirere, causam & modum eius acquirendæ debere intelligere, quæ in pupillum sine tutore non cadunt, vide *l. more nostræ ciuitatis 8. & l. pupillum 9. D. de acquir. hered.*

§. 5. Si inter tutorem, &c.

Pupillus sine tutoris auctoritate in iudicio non versatur. Quid, si cum ipso tutore de quadam re lis suscipienda sit? *Curator,* inquit, *ad eam rem dabitur,* & nota hic regulam: *Tutorem in rem propriam & in rem suam auctorem fieri non posse. l. 1. D. eodem titul.*

QVIBVS MODIS TVTELA FINITVR.

TITVLVS XXII.


PVpilli pupillæq; cùm puberes esse cœperint, à tutela liberãtur. Pubertatem autem veteres quidẽ non solùm ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autẽ maiestas dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putauit, quod in fœminis etiã antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis pòst decimum quartum annum completum ilicò initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in fœminis bene positam in suo ordine relinquentes, vt post duodecim annos completos viri-potentes esse credantur.

§. 2. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati. Item, si in seruitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.

§. 3. Sed & si vsque ad certam conditionem datus sit tutor testamento: æquè euenit, vt desinat esse tutor existente conditione.

§. 4. Simili modo finitur tutela morte, vel pupillorum, vel tutorum.

§. 5. Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel ciuitas amittitur, omnis tutela perit.

§. 6. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantùm tutela perit: cæteræ non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.

§. 7. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

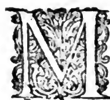
§. 8. Desinunt etiam tutores esse, qui vel remouentur à tutela ob id, quòd suspecti visi sunt: vel qui ex iusta causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus.

C O M M E N T A R I I.

ET hæc potestas & auctoritas tutorum non est perpetua, sed certis modis finitur, & finita tutela, tutor verè rationē reddit, & absoluitur pupillus ab his custodibus, vt vocauit Horatius. Porrò finitur tutela imprimis morte, quod verum est, si moriatur is, qui sub tutela est; morte tutoris finitur quo ad quid, vt tamen pupillus possit sub aliam venire tutelam. Deinceps præcipuè dicitur finiri tutela pubertate pupilli, nempè postquam compleuit annum decimum quartum; vel, si sit fœmina, duodecimum. *l. fi. C. quādo tutor esse desinat* Sed & finitur tutela capitis deminutione, de cuius rei fundamento alibi audiuistis. Quod eodem modo intelligendum est, vt possit tamen pupillus manens in ciuitate venire in nouam tutelam. Sed & aliis modis finitur tutela ita, vt tamen pupillus à tutela simpliciter non sit liberatus, licet ab hac tutela liberatus sit, & actionibus in tutorē veterem locus sit; veluti, si tutor suspectus remoueatur, si in perpetuum se excuset; de quibus materiis *infra suo loco.* Sed & conditionalis tutela & temporalis finitur per conditionem, aut veniente tempore, &c. Et hæc sunt in ipso titulo.

DE CVRATORIBVS.

TITVLVS XXIII.



MAsculi quidem puberes, & fœminæ viri-potentes, vsq; ad vicesimumquintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen eius ætatis sunt, vt sua negotia tueri non possint.

§. 2. Dantur autem curatores ab eisdem Magistratibus, à quibus & tutores. Sed curator testamēto non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis.

§. 3 Item inuiti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem. Curator enim & ad certam causam dari potest.

§. 4. Furiosi quoque & prodigi, licet maiores vigintiquinq; annis sint; tamen

men in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ Præfectus Vrbi, vel Prætores, & in prouinciis Præsides ex inquisitione eis curatores dare.

§. 5. Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.

§. 6. Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, vtputà, si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest.

§. 7. Item si testamento datus tutor, vel à Prætore, aut Præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adiungi.

§. 8. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.

§. 9. Quòd si tutor vel aduersa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quò minùs negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel infans sit: quem velit actorem periculo ipsius tutoris, Prætor, vel qui prouinciæ præerit, decreto constituet.

C O M M E N T A R I I.

P*Eractis pupillarib.* (inquit Caius in Institutionibus) *quib tutores absoluuntur, ad Curatores ratio minorũ incipit pertinere*, quasi dicat: finita tutela sequitur Curatio, vt sic pupilli puberes facti, nondum sint tamen omninò absoluti. Sed videtur hoc ita intelligendũ, vt tamen inuiti Curatores deinceps non accipiant, *vt hic in tex. §.* 1. licet vere, si Curatores habẽt, sub iis esse debeant, vsq; ad legitimũ tempus, de quo postea. Quid igitur est Curatio hæc? nempè, vt tutela, vis ac potestas in capite libero, verum ad bona eius tuenda & administrãda, quia rebus suis preesse nõ potest. Nam pupilli quidẽ quasi pueri in ea sunt ætate, vt nihil admodũ videantur sapere aut non intelligere, vt nõ mirum sit, si inuiti subiiciantur tutoribus. Vide *l. pupillus 9. D. de acq. her.* Adulti verò siue adolescentes constantioris sunt ætatis, vt videantur posse sibi relinqui. Attamẽ sunt & ii ferè fragilis adhuc cõsilii, multis captionib supposĭti, multorumq; insidiis expositi, vt scribit ICtus *in l. 1. D. de minorib. 25. ann.* Et vide omninò Horatium *in arte, de ingeniis & studiis singularũ ætatum.* Ergò in hoc est differentia, quo ad personas accipientiũ hos gubernatores, q̄ pupillus per ætatem nihil admodum sapiat; Adolescens verò plus valeat ætate, cum qua crescit iudicium, sed tamen propter iuuenilẽ calorem facilè in præcipitium ruat; quo ad personas ipsorum gubernatorum, q̄ tutor detur pupillo & personæ, Curator propriè rebus. *l. quia persona 14. D. de testam. tutela. l. cum plures 12. §. cum tutor. D. de administ. tutorum. l. in copulandis 8. C. de nuptiis. & infra de excusatio. tutorum §. item tria* Sunt & aliæ differentiæ, q̄ tutor datur indefinitè, vt supra alio loco dixi, Curator verò certæ rei dari potest, *vt hic in textu.* Vnde & Curatorẽ habenti Curator tamẽ dari adhuc potest, at tutorẽ habenti tutor dari propriè nõ potest, *vt infra in textu.* Sed & in plerisq; materiis, de quib. hactenus dictũ est, differũt hi, & in multis ẽt conueniunt, nempè Curatio hec non est ꝑpetua, sed certis modis finitur, & ferè iisdem modis quib. tutela, nisi q̄ alia est ætas. Tutela finitur pubertate pupilli, Curatio anno cõpleto adolescentiæ 25. vt postea *in tex. & in tit. siue materiis seqq.* tutores, & Curatores coniunguntur, vt videbitis.

Porrò quia Curator, vt diximus, propriè bonorum est, siue bonis datur, in hoc vide-

batur fieri., quod Curator testamento à patre dari non poterat, vbi iterum est differentia. Et tamen ita à parente datus confirmari potest & solet, & ferè parentes hoc agunt, vt qui tutores fuerint, iidem deinceps & Curatores perseuerēt, etsi se in hoc excusare possunt, vt *de his in textib. h. & infra de excusationib.* Hinc etiam videtur fieri, quod nuptiæ adolescentis non stent in arbitrio Curatoris, sed possit adolescens ipso iure sine consensu & auctoritate Curatoris nuptias contrahere, vide *in d. l. in copulandis. C. de nupt. in l. sciendum 20. D. de ritu nupt.* & quæ supra de nuptiis diximus. Et alioquin minor est ex hoc Curatoris auctoritas quàm tutoris, quùm, vt supra dictum est, pupilli sine tutoris auctoritate non obligentur, *l. puberes 101. D. de verb. oblig.* Vulgo colligunt malè, eandem esse auctoritatem, vt & puberes ad exemplum pupillorum non obligentur, quod manifestè refutat *d. l. puberes.* & disertè euertit distinctionem, quam habent ex gloss. ibi, ex sententia Martini & aliorum. Interea tamen in bonis præest Curator, vt bona sua adolescens distrahere & alienare, præsertim immobilia, sine Curatore non possit *l. si Curatorē 3. C. de rest. in integ. min. 25. ann.* Quod si Curatorem non habent adulti, agunt & hi suo arbitrio. Sed restat tamen circumuentis restitutio in integrum *dict. l. si Curatorem 3. C. de restit. in integr.* nisi tamen iureiurando firmassent istum suum contractum; seruare enim debēt. *l. 1. C. si aduers. vend. &c.* Sed & hic rursus noua Constitutio Friderici Imperatoris excipit iusiurandum per vim & metum extortum, *Auth. Sacramenta puberum. C. d. tit.* Quod & Canones Pontificii videntur comprobare, & id tantum ad Rempublicam, cum interim conscientia cuiusque priuata, quantum in se est, omne iuramentum possibile & licitū seruare debeat, de quibus aliàs.

Et hæc hactenus de Curatorib. Tutorumque & Curatorum differentia, idq; etiam in auctoritate, & cur Tutores pupillis inuitis adultis non nisi volentibus Curatores dentur, datiq; debeant, vsq; ad 25. annum, post quam ætatem dicuntur deinceps maiores & minores 25. ann. *D. ex quib. caussis maiores 25. ann. in integr. restit.* Illud tamen notandū est, posse etiam veniam ætatis peti & impetrari, nempe ab adolescente post annum 20. à fœmina post annum 18. Quod beneficiū à solo Principe petitur, aut si cui eius rei potestatē fecit, veluti Comitibus Palatinis, de quibus alibi dixi, *C. de his, qui veniam ætatis impetrarunt.* Sed & illud supra monui, nunc ferè, qui Curatores constitutos habent, sub illis esse debere vsq; ad legitimum tempus, & in ætate etiam apud alios alia est varietas. Iure Longobardico dicuntur minores vsque ad annum 18. *tit. de prohibita alien. minor.* Quando nostris dicebatur plena pubertas, vt supra audiuistis, Ius Sax. adscribit & attribuit huic rei annos 21. & eò vsq; subiicit adolescentes Curatorib. *lib. 1.* Landtrecht. *artic. 42.* Et hæc omnia de Curatorib. minorum propter ætatem. Sunt & alii plurimi Curatores ob diuersas caussas, vide *l. 1. D. de minorib. item D. de Curat. furios.* Et in summa alii adhuc dantur ob animi vitium, vel corporis aliquem morbum, ex quibus sic quis afficitur, vt suis rebus ipse superesse non possit; nostri vocāt morbum Sonticum, qui quasi perpetuus rebus agēdis nocet *l. morb. Sonticus. D. de verb. sign.* Vbi cōmemorat textus furiosum, mente captum, prodigum, surdum, mutū, nempè qui perpetuò quodam vitio laborant, sunt itaque sub perpetua curatione, id est, quamdiu durabit hoc vitiū sicuè morbus, de quibus post in textu. Alii rursus adiungi solent Tutoribus in subsidium, *vt infra §. pen.* Sunt & Curatores ad litem, qui dātur solummodo causa litis, veluti minorib. 25. annis. *C. qui habeant legit. personam standi in iud. vel non. l. 1. & 2.* Vide etiam *infra lib. 4. tit. 10.* mulieribus etiā, præsertim iure Sax. vid. *lib.* Landt. *art. 46.* Atqui finita ea lite, ii Curatores esse desinunt. Hi verò omnes dari etiam solent inuitis. Reliqua deinceps ad textum.

§. 4. Fu-

§. 4. Furiosi quoq;,&c.

Furiosis & prodigis & cæteris Curatores dantur, siue Curatores illi accipiunt, non ob ætatis imbecillitatem, sed ob animi vitium morbumue, cuiuscunque sint etiam ætatis; & ita accipiunt, vt iis interdicta sit libera bonorum suorum administratio, pupillis eatenus similiores, quàm adultis, qui ob ætatem habent Curatores, & lex 12 tabul. ipso iure huiusmodi curationem nempe furiosorum maximè (nam vt postea audiemus, est inter hos homines miserè affectos aliqua differentia) ad agnatos (proximiores) deferebat. Nec sanè fieri poterat id sine aliqua sugillatione existimationis, cum ita libera bonorum administratio adimitur homini adulto, & veteres prouerbiali quasi sermone, cum furere hominem significare vellent, dicebant: *ad agnatos & gentiles eum deducendum.* Spectarunt autem leges & legumlatores hoc, quod intersit Reipub. ne quis rebus suis malè abutatur, *vt supra tit. 8.* Diligenter autem videndum erat, ne vicinitate vitiorum virtutumque deciperentur, & eorum etiam existimationem sugillarent, qui non ea sugillatione, imò magis etiam laude digni erant. Quam ob causam Viglius ICtus verè magnus audaciam Iuris interpretum collatam hac in re notat, *vt in §. Item furiosi infra. libr. 2 tit. 12 Quib. non est permiss. fac. testamentum.* Et nunc quidem principio Curator dabatur furiosis. Est autem furiosus, qui continua quadam mentis rabie agitatur, siue continua mentis alienatione omni intellectu caret, *l. Diuus Marcus 14. D. de off. præsidis.* Posteà cœpit eodem modo dari dementibus, qui ab istis distant, cum etsi mente careant, magis tamen sunt in quiete, vide *l si furiosi 25. C. de nupt.* & omninò Cic. *3. Tuscul quæst. in initio.* Porrò est adhuc alia mentis insanitas, quam vocant simplicitatem & stupiditatem; nonnũquam etiam stultitiam alicuius rei. Et an eiusce modi simplices & substupidi in negotiis familiaribus curatores habere debeant, quæri solet? Quod non est admittendum, nisi velimus aliquatenus lædere existimationem hominum bonorum & sæpè etiam doctissimorum, qui in re familiari minus ferè aliis arguti sunt & perspicaces. Refert Cicero *in Caton* Sophoclem, cum propter studium rem familiarem videretur negligere, à filiis in iudicium vocatum, vt quasi desipientem à re familiari dimouerent Iudices; sed ipsum fabulam, quam tum in manibus & proximè scripserat Oedipum recitasse Iudicibus, quæsiuisseque, num illud carmen desipientis videretur, & eo recitato sentẽtiis iudicum esse liberatum. Nunc quod ad prodigalitatem attinet, vitium morale, sanè virtus est magna & verè diuina liberalitas & beneficentia, quæ inter duo extrema consistit vitia; & excessui hoc in loco occurritur. Is culpatur, vt curatoris videatur egere; auarus curatore opus non habet, cum se & sua ipse satis nouerat curare. Sed tamen cum iniustus sit, in eoque modum etiam velit excedere, aliter fraudibus ipsius debet & solet occurri. vide *infra. lib. 4. tit. 2. §. 2.* Et quis igitur est prodigus? Pulchrè dicit ICtus, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilapidando ac dilacerando profundit. *l. 1. D. d. tit. de curat. & fur. &c.* Et alibi inquit ICtus, quantum ad bona sua attinet, furiosum facit exitum. *l. is qui in ea 12 D. de tut. datis, &c. Neq; tempus,* inquit, *neq; finem,* nimirum hoc distat à liberali, quod ille nõ quidem sit sordidus, nõ tenax, non parcat omnib. sumptibus, sed tamen habeat rationem temporis & modi, dat quod dandum, videt vbi dandum, cui dandum, & quid dandum. vide Aristot. *lib. Ethic. 4. cap 1. lib 1. Mor. c 24 lib. 2 Ethic. ad Euthemum & rursus in libello de virtutib.* Pulchrè dictum est de liberali & auaro apud Salomonem, *Prouerb 11. Est; qui dispergit rem & dabitur ei amplius; & est, qui parcit re sua plus æquo, & tamen ad inopiam.* Sed nunc de hoc videamus quid inter prodigum & furiosum in hac re de Curatoribus nimirum intersit?

O Et id

Et id tale est, interdicitur his bonis, daturque curator, nec possunt ipsi de rebus suis liberè disponere, vel res suas alienare. Attamen plus periculi est in furioso, quem certum est omni intellectu carere, cum prodigo, vt iam diximus, vicinus videatur, nisi quod nescit modum; & hæc est pœna auaritiæ, vt deinceps nullus seruetur modus. Et ideo quantum ad furiosum, statim quando furere cœperit, re ipsa & ipso iure interdicitur ei bonorum administratione, vt sub cura sit agnatorum, vide Vlpianum *titul. 12. in Inst. & C. ne furiosi l. ne lucrum 5. item in dict. l. 14. D. de offic. præsid.* In prodigo autem declaratio prętoris siue iudicis requiritur, qui imprimis solemniter bonis interdicat, vt post hac sciatur adempta libera bonorum administratio, & sciatur non licere cum eo homine sine curatore contrahere, vide *l. is cui 18. D. de testamentis.* Vigl. *in d lib. 2. tit. 12.* Porrò scribit Iulius Paulus in sententiis, hanc formulam fuisse in ea interdictione solemnem: *Quando tu bona paterna nequitia tua disperdis, liberosq́; tuos ad egestatem perducis, ob eam rē tibi ea re commercioq́; interdico.* Porrò, vt supra dixi, ea curatio ex lege duodecim tabularum ad agnatos deferebatur; at iure tamen, quo nunc vtimur, ex constitutione Iustiniani ita obseruatur, vt pater filio furioso vel prodigo, &c. testamento curatorem scribere possit; quod nisi fecerit, tunc iuxta legem agnati vocantur, & si hi quoque deficiant, dandus erit curator cum inquisitione, vide *l. fin. C. de curat. furiosi.*

§. 6. Interdum autem, &c.

Nunc de curatoribus, adiunctis nimirum tutori, qui absoluto negotio, cui præficiuntur, & vna cum tutela absoluūtur. Et in summa res ita se habet: Si quando tutor datus non est satis idoneus ad administrationem qualibet fortè de causa, *vt hic in textu*, adiungitur etiā ei curator, veluti coadiutor in subsidium, vno casu, nempe si fraudulenter agat tutor, magis est, vt remoueatur, & substituatur ei alius. Sed & hoc fallit in legitimo tutore, veluti agnato aut patrono. Is enim non facilè remouebitur, vide *leg pietatis 6. C. de suspect. tut. l si tutor 9. D. eodem illo tit.* Porrò hic occurrit quæstio, cur non adiungatur alius tutor, sed magis curator? Ad hoc allegat regulam: *Tutorem habenti tutor dari non potest.* Quod intellige in hoc ipso tuo casu, alioqui aliter etiam hoc accidit, de quo vide *titul. Codic. in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari possit. & gloss. hic.*

§. 9. Quod si tutor, &c.

Nunc docet ex iisdem propè causis, posse etiam adiungi actorem, sic dictum ab agendis negotiis. Sed tamen putant interesse, quod curator is ad patrimonii totius, actor ad litium tantum administrationem constituatur, tanquam Procurator quidam. Atqui in constituendo quoque est differentia: Curatorem enim istum Magistratus constituit, actorem tutor ipse suo periculo, sed à Magistratu confirmandum, *vide leg. decretum 24. D. de adm. tut. item Cod. titul. de actore à tutor. seu curator. dando. vbi in leg. prima.* Quod si pupillus præsens sit & maior infante, ipsemet sibi eiusmodi actorem auctore tutore constituere potest. *leg. neque 11. Cod. de procurat.*

DE

DE SATISDATIONE TVTORVM, VEL CVRATORVM.

TITVLVS XXIV.



NE tamen pupillorum pupillarumuè, & eorum, qui quæue in curatione sunt, negotia à curatoribus, tutoribusuè consumantur, vel diminuantur, curet Prætor, vt & tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorũ & diligentia ab ipso testatore adprobata est. Iam ex inquisitione tutores, vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.

§. 2. Sed si ex testamento, vel inquisitione duo, pluresuè dati fuerint, potest vnus offerre satisdationem de indemnitate pupilli, vel adolescentis, & contutori suo, vel concuratori pręferri, vt solus administret, vel vt contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, vt & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisdationem à contutore suo, vel concuratore, sed offerre debet, vt electionem det concuratori, vel contutori suo, vtrùm velit satis accipere, an satisdare.

§. 3. Quòd si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet. Quòd si non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, vt edicto Prætoris cauetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est, id est, vt maior pars eligere possit, per quem administratio fiat.

§. 4. Sciendum autem est, non solùm tutores vel curatores pupillis, vel adultis, cæterisque personis ex administratione rerum teneri: sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ vltimum eis præsidium possit adferre.

§. 5. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omninò à tutoribus, vel curatoribus satisdari non curauerunt, aut non idonei passi sunt caueri. Quæ quidem tam ex prudentum responsis, quàm ex constitutionibus Imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.

§. 6. Quibus constitutionibus & illud exprimitur, vt, nisi caueant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.

§. 7. Neque autem Præfectus Vrbi, neque Prætor, neque Præses prouinciæ, neque quisquam alius est, cui tutores dandi ius est, hac actione tenebitur, sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.

O 2 COM-

COMMENTARII.

HVIVS tituli magna est æquitas & vtilitas. Quid enim magis necessariũ, quàm cum tutores magnam consequantur in rebus alienis potestatem, ne dubius tandem rei euentus sit expectandus, imprimis etiam satisdent, & satisdare cogantur? De quo *infra in §. pen.* Est autem satisdare datis fideiussoribus repromittere, nimirum, rem pupilli saluam fore. *D. qui satisd. cog. l. 1.* Et fit ea satisdatio per stipulationem apud Magistratum, veluti, *Rem pupilli nostri saluam fore promittitis?* Respond. *promittimus. D. rem pup. sal. fore. l. 1. & 6.* In eaque stipulatione continetur, quicquid in iudicium tutelæ venit *l. cum pupillus 9. & l. pen ff d. tit.* Rem pupilli saluam fore, ex hac vera ipsa repromissione, & fideiussores tutorum & heredes ipsorum & Magistratus etiam certis ex causis tenentur, de quibus ordine conueniendis locus est; de quo infra dicemus. Et hæc communia sunt tam in tutoribus quàm curatoribus, cuius nos admonet inscriptio.

Iam solent hic & cætera notari, quæ tutorem & curatorem ferè in initio administrationis facere oportet, quæque in hac administratione fieri solent, ad securitatem pupilli. Et imprimis plerumque dantur tutores & curatores cum inquisitione, hoc est, vt ante inquiratur à magistratu in vitã & mores ipsorum, ne quolibet modo suspecti ad hanc rem & administrationem vocentur, vide de hoc *l. scire oportet 21. ff. de tut. datis.* Et quæ præcipuè in hanc inquisitionem veniant vide diligentius apud Theophilum hic, item apud Constant. Harmenop. *lib. 5. tit. 11.* & Accurs. *in tit. de tutelis. §. 1. supra.* Et notandum, quod Iustinianus scripsit *in Nouel. 72.* *Eos, qui timorem Dei habent, difficile admodum accedere ad tutelam; aliis rem esse maximè appetibilem.* Iam amplius, debet etiã tutor ante susceptionem officii iurare, quod velit vtilia facere & inutilia prætermittere. *d. Nouel. 72.* Tertiò antequam incipiat gerere eam tutelam, inuentarium siue repertoriũ omnium bonorum solemniter & adhibitis personis publicis conficere debebit, & hoc nisi fecerit, post in litem etiam quanti res æstimabitur contra eum iurare licebit. *l. tutor qui repertorium 7. D. de adm. tut. l. vlt. C. arbitrium tutelæ.* Postremo bona quoque omnia tutor administrando pupillo tacitè obligat. *l. pro offic. 20. C. de adm. tut.* His itaque omnibus modis pupillo aduersus tutoris fraudes prospicitur. Nunc tamen, quod ad hoc nostrum locum attinet, adhuc distinguitur, quis omninò tutor satisdare debeat; quis ab ea satisdatione liberatus sit? Proponuntur & alia quædam capita, nempe quomodo & illi, qui satisdare per se non coguntur, aliquando tamen etiam ad satisdationem prouocentur, ad maiorem videlicet cautionem pupilli? Quomodo tutela pluribus demandata paucis committi possit administranda & de diuidenda tutela? Item, vt monui, ex hac ipsa satisdatione, quinam omninò teneantur, & quo ordine conueniantur, vbi etiam de Magistratibus cõueniendis. Et de his omnibus monebimus ad ipsum textum.

℣. Sed hoc non est perpetuum, &c. Nunc dicturus est, quinam tutores & curatores satisdare cogantur; nam non omnes satisdant. *Imprimis*, inquit, *testamentarios non satisdare. Est enim eorum fides & diligentia ab ipso testatore approbata.* vide *C. de tutore & curat. qui satisd. & c. l. 3. cum l. sequenti: item l. testamenti 17. D. de test. tut. & l. vlt. C. de curat. fur.* Deinde datiui tutores, siquidem ex inquisitione dati, itidem non satisdant, & ait, *quia idonei electi sunt*, nempe ita præsumitur; & fit id cum periculo eligentium, id est, magistratuum minorum nominantium eos prætori siue præsidi, qui inquirit in offerentium vota, vide *in l. D. de magistrat. conuen.* Cum ipsi magistratus municipales & minores tutores dant, satisdationem putant adhibendam, quod & ii inquirere non solent. Ita hunc locum exponit D. D. Wesemb. Accurs. putauit hodie omnes datiuos satisdare debe-

debere, quasi id tutius sit, notans *in l. 1. C. d. tit. de curat. vel tut. qui satisd. &c.* Nunc quod ad legitimos attinet, hos constat satisdare, & id alia magna ratio suadet, vt alibi dixi, *l. legitimos 5. D. de leg. tut.* Ius Saxonicum tamen his, qui sperant successionem, satisdationem remisit, *ad tit. 23. lib. 1.* Landtrecht.

§. 2. Sed si ex testamento, &c.

Iam ostendit, eos, qui satisdare per se non coguntur, à collegis ad satisdationem tamen prouocari posse & solere, nimirum, si pro aliis administrare quis fortè velit, aut cũ aliis administrare velit, hoc fortasse placuit, quo magis consuleretur pupillis. Et est sanè plus securitatis in satisdatione. Vide igitur de hac procuratione *in l. testamenti 17. D. de test. tu. l. datiuus 7. D. rem pup. sal fore l. legitimos 5. D. de leg. tut.*

§. 3. Quòd si nemo, &c.

Alia videtur annecti doctrina; & scribit Iurisconsultus *in l. si plures. 3. D. de adm tut.* prætori curæ fuisse, ne tutela per plures administretur, & ne per multos tutela spargatur. Adscribit itaq; istum locum, quomodo possit eo perueniri, vt ex pluribus tutoribus pauciores administrent? Et in summa docet à testatore hoc adscribi posse, quis è multis debeat administrare? Si non sit, adscriptos ipsos inter se tutores eligere posse, qui gerat; & in hac electione standum esse maiori parti. Quod si partes omninò non inter se conueniant, Magistratum diligentius æstimata fide videre debere, cui potissimum committenda sit administratio. vide *l. si nemo 19. D. de test. tut. d. l. si plures 3. D. de adm. tut. item l. quod si forte 14. §. 20. D. de solut.* Atque, qui non gerunt, honorarii sunt tutores, periculi tamen minimè expertes; nam debent esse aliorum obseruatores *dict. l. 3. de adm. tut.* Sed quid si tamen potius gerere velint, quàm succedanei esse alieni periculi? Audiendi sanè sunt *d. l. 3.* Et hic rursus illud sciendum, posse tũc etiam diuidi tutelam, id est, administrationem, de quo vide *in dict. l. 3. cum leg seq item in l. inter tutores 26. ibidem. & C. de diuidenda tut. l. si diuisa 2. item in leg. 1. §. nunc tractemus. D. de act. tut.* Et ex hoc iure plures tutores obligantur in solidum, vel non. *in l. tres tutores 55. D. de adm. tut.*

§. 4. Sciendum autem, &c.

Nunc de actione & effectu rei, & actione itidem subsidiaria. Ex hac satisdatione, finita tutela, actio est in tutorem, & postea etiam in fideiussorem, eorumque heredes. Ab his verò omnibus, quatenus pupillus suum consequi non potest, siue indemnis esse & seruari non potest, Magistratum in subsidium conuenire potest, qui satisdationem accipere debuit. Et dicitur subsidiaria actio, idque ideo, quod satisdare non curauit, vel ipsius culpa nõ sit satis idoneè satisdatũ. vide *D. rem pup. sal. fore, vbi in l. non quasi 4. §. 2. item D. de fideiuss. tut. & curat. &c. leg. 1. cum duab. sequentib. & C. de hered. tut. vbi in l. fin. item. D. & C. de Mag. conuen. & C. præcipuè l. 1. 4. & vltim.* Sciendum heredes quoque magistratuum teneri, si doli aut culpæ, quæ ad dolum accedit, sint participes, *d. tit. C. de Mag. conuen. leg in hered. 2. & d. tit. Pand. de Mag. conueni. leg. prima. §. non solum. leg. non similiter quarta. & leg. quo ad heredem 6.*

DE EXCVSATIONIBVS TVTORVM, VEL CVRATORVM.

TITVLVS XXV.



XCVSANTVR autem tutores & curatores variis ex causis, plerunque tamen propter liberos, siue in potestate sint, siue emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in prouinciis quinque, à tutela, vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum; nam & tutelam, & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptiui liberi non prosunt, in adoptionem autem dati naturali patri prosunt.

§. 2. Item nepotes ex filio prosunt; vt in locum patris sui succedant, ex filia non prosunt.

§. 3. Filii autem superstites tantùm ad tutelæ, vel curæ muneris excusationem prosunt, defuncti autē non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint? Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro Reip. ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere intelliguntur.

§. 4. Item diuus Marcus in Semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, à tutela, vel cura, quamdiu administrat, excusari posse.

§. 5. Item qui Reipublicæ causa absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed & si fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reipublicæ causa abesse cœperint, à tutela, vel cura excusantur, quatenus Reipublicæ causa absunt: & intereà curator loco eorum datur; qui si reuersi fuerint, recipiunt onus tutelæ; nam nec anni habent vacationem, vt Papinianus libro quinto Responsorum scripsit; nam hoc spatium habent ad nouas tutelas vocati.

§. 6. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, vt diuus Marcus rescripsit; sed susceptam tutelam deserere non possunt.

§. 7. Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusari non potest: nisi fortè de omnibus bonis, vel hereditate controuersia sit.

§. 8. Item tria onera tutelæ non adfectatæ, vel curæ præstant vacationem, quamdiu administrantur: vt tamē plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro vna computetur.

§. 9. Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tā diui fratres, quàm per se diuus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri iniuncto possit docere.

§. 10. Item propter aduersam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet. Similiter eos, qui literas nesciunt,

sciunt, esse excusandos, diuus Pius rescripsit, quamuis & imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

§. 11. Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem, sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant. Non esse autem admittendam excusationem eius, qui hoc solo vtitur, quòd ignotus patri pupillorum sit, diui fratres rescripserunt.

§. 12. Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum, vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio interuenit, à tutela, vel cura solent excusare.

§. 13. Item is, qui status controuersiam à pupillorum patre passus est, excusatur à tutela.

§. 14. Item maior septuaginta annis à tutela & cura se potest excusare, minores autem vigintiquinque annis, olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adspirare, adeò vt nec excusatione opus sit. Qua constitutione cauetur, vt nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus, quùm sit inciuile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam subire.

§. 15. Idem & in milite obseruandum est, vt nec volens ad tutelæ onus admittatur.

§. 16. Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.

§. 17. Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probauerit, aliis vti intra tempora constituta non prohibetur.

§. 18. Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognouerint se esse tutores, vel curatores datos, se excusare debent, cuiuscunq; generis sint, id est, qualitercunq; dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, vbi tutores dati sunt. Si verò vltra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum, qui tamen (vt Scæuola dicebat) sic debent computari, ne minus sint, quàm quinquaginta dies.

§. 19. Datus autem tutor ad vniuersum patrimonium datus esse creditur.

§. 20. Qui tutelam alicuius gessit, inuitus curator eiusdem fieri non compellitur, in tantum, vt licet paterfamiliâs, qui testamento tutorem dedit, adiecerit, se eundem curatorem dare, tamen inuitum eum curam suscipere non cogendum, diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

§. 21.

§. 21. Iidem rescripserunt, maritum vxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.

COMMENTARII.

SCRIBIT Vlpianus ex diuo Marco, gerere & administrare tutorem cogi, nisi iustam excusationem habeat, qua scilicet se tueatur. *l. 1. D. de ad. tut.* Iustinianus autem *in Nouel. sua 82.* ostendit difficile esse hoc munus, à quo timentes DEVM libenter vellent abstinere. Sed & idem Iustinianus hic scribit, tutelam esse munus publicum, quod, nisi excusationē & immunitatem habeas, necessario est subeundum, vide *l. munus tribuend. 18. l munus prope 224 D. de verb. sign. vide & l. 1 & vltim. D. de munerib. & honor.* Docebit igitur nunc de iustis causis excusationum ab hoc munere tutelæ & curationis. Et meo quidem iudicio tres præcipuas causas excusationum hic ascribit, de quibus nunc ordine. Amplius autem & alia quædam capita ascribit & attingit, nimirum quomodo excusatio, vt prosit, contestanda sit, & intra quod tempus, item quanto tempore ea controuersia de excusatione absolui debeat, ne longior mora noceat pupillis? Addit etiam de falsa excusatione, sed & audies proponi de excusatione tā temporalib. quædā quàm indubitatis & perpetuis. Imò & hoc intelliges, eius esse verè se nō excusare, qui iure tutor datus est, & esse pōt; eius nec nolle, qui potest velle. *l. eius est nolle 3. D. de reg. iur.* & vide hic *leg. scire oportet 13. §. quinam iuste. D. dem.*

℣. Propter liberos, &c. Prima excusatio est propter liberos, quo ipse habet. Ratio autem excusationis huius iustissima est, partim ex fauore publico, quo dignus est, qui tot liberos suo loco Reipubl. dedit, partim ex commiseratione erga illum, qui tot liberorum educatione, qua in re non exigua cura & solicitudo est, occupatissimus est. Adde quod qui ipse suis fortè impuberibus liberis educandis & curandis occupatus est, aliis pupillis vix videtur rectè posse præesse. Vide igitur de excusatione hac ob liberos siue ob plures liberos in variis locis, veluti *C. titul. de his, qui numero liberorum se excusant, item l & qua originem 3. §. quamuis. D. de munerib. l. excusantur 2. §. 2. l. amicissimos 36. §. 2. D. eod.* Et de iustissima causa excusationis huius fauore publico in eo munere gignendi & educandi liberos. *in l 1. D. soluto matrimonio, &c. item in l enumeratio 7. D. de bonis damnatorum.* & frequens multisque negotiorū causis fuit hoc ius, quod vocatum est ius liberorum, de quo & alio loco audies. Porrò ex iisdem causis legimus olim sub Ælio pertinace à muneribus patrimonialibus excusatos fuisse, qui sedecim liberos haberent, vide *l. semper 5. §. demonstratur. D. de iure immunitatis. l. qui decurio 24. C. de decurionib. lib. 10.* Sed hæc fortassis auaritia temporum recepit. Et hæc de prima excusatione eiusque causa vel ratione. Deinceps textus hîc diligentius explicabit, qui & quales liberi his prosint vel non prosint, de quo lege *in l. 2. D. eod.*

℣. Exemplo cæterorum, &c. Hic colligit Iustinianus à genere ad speciem, & hoc argumentum supra addidi. Sed dicendum est paulò plenius de hoc loco communi, & de hac doctrina munerum. Munus hoc, quod est munus publicum, vocant administrationem publicam seu Reipublicæ sine dignitate, quod obeunt siue obire oportet Municipes seu Incolas, *vt supra ex legib. tit. de verb. obligationib.* Id munus faciunt patrimoniale, personale & mixtum. Patrimoniale siue patrimonialia dicunt, quæ sumptibus faciendis obeuntur; quo pertinent

nent actiones & contributiones siue collationes, quę tamen aliàs etiã rei sunt, cum reb. & patrimoniis siue bonis imponuntur ista onera, alias personæ sunt. Personalia verò sunt, quæ personæ ministerio sine sumptu maximè obeuntur. Verbi gratia, onus nocturnarum vigiliarum subire, ad custodiam ciuitatis vocare. Et sunt sanè inter illa alia aliis sordidiora & grauiora; alia minus molesta, quibus nunc adiunguntur tutela hæc & curatio. vide *D. de munerib & honorib. l. 1. 6. & vltim.* Et quando itaque hæc munera subire sæpè molestum & graue est, æquitatis fuit habenda ratio, quæ in eo consistit, vt audiatur, qui iustam aliquam excusationem aut causam exemptionis munerum adferre possit. *D. de vacatione & excusatione munerum, vbi in l. 1.* Et à personalibus quidem multis variisque excusatio conceditur, veluti his quoque à tutela & curatione, vide *in l. rescripto. §. fin. D. de munerib.*

A patrimonialibus non ita facilè conceditur excusatio, & immunitas, imò si rei eiusmodi munus cohæret, etsi ciues & incolæ non sint, indicitur illis. vide *C. de munerib. patrimonialib. vbi in l munera 2. cum l 3. item in l. ab his munerib. 10. D. de vacatione munerum.*

§. 4. Item diuus Marcus, &c.

Secunda excusatio ob administrationem fisci, id est, procurationem pecuniæ publicæ ipsius Principis, de quibus omnibus vide *in Pand hoc tit. latius.* præsertim in *leg. Geometra 22. l. administrantes 41. D. eod. tit.* Quod de semestribus scribitur, repete ex Suetonio in vita Augusti c. 35.

§. 5. Item qui, &c.

Tertia excusatio ob legationem publicam. Scias autem, qui publicã causa abest, eum reuersum à noua tutela etiam excusari ad annum, id est, ad annum vacationem habet, vide *l. non solum 10. § 1. & 2. D eod. item C. tit. si tutor vel curator Reip. causa abesset. vbi in l. certum est 2.*

§. 6. Et qui potestatem, &c.

Quarta excusatio propter susceptum officium maioris alicuius Magistratus, vide *l. non tantum 13. D. eod. tit.*

§. 7. Item propter litem, &c.

Quinta excusatio ob litem cum pupillo, vel de bonis omnibus, vel de magna eorum parte, veluti de hereditate quadam *l. propter litem 21. hic.*

§. 8. Item tria onera, &c.

Sexta excusatio propter onera aliarum tutelarum, siue curationum, quæ res breuiter explicando omnia, sic habet. Excusatur, si quis ante tribus diuersis & diuersorum pupillorum tutelis, vel etiam curationibus separatim mixtimque, iisque onerosis, non leuibus, non honorariis, & non tamen etiam affectatis occupatus sit. Vide de his *in l. excusantur 2. §. vlt. cum l. seq. 3. item l. 5. 15. 21. D. eod.* Sanè & vna tutela, valde negociosa, quamdiu administratur, ab aliis præstat excusationem. *d. l. 31. § fin. D. eod.* Illud etiam hic est obseruandum, eum, qui vltro promisit se fore tutorem, postea se excusare non posse. *d. l. spadonum 15. §. 2. D. eod.* vide & qui à *tut. se excusat. lib. 5.*

§. 9. Sed & propter, &c.

Septima causa ob paupertatem; si isti negocio, veluti, tutelæ gubernationi, ob rei familiaris tenuitatem sufficere non potest. *leg. paupertas 7. & l. post susceptam 40. D. eod. tit.*

§. 10. Item propter aduersam, &c.

Octaua excusatio ob valetudinem aduersam. Sanè hæc causa præstat vel temporalem, vel etiam perpetuam excusationem, prout modus erit, vide *in d. leg. post susceptam. item in l. non solum 10. §. fin. D. eod. & C. libr. 5. qui morbo se excusant, & rursus lib. 10. qui morbo se excus.*

¶. Similiter eos, &c. Nona excusatio

ob imperitiam literarum, hoc est, si quis neque legere, neque scribere possit. vide *in l. si duas 6. §. fin D eod.* Vbi tamen addit, si modò non sit negotiorum imperitus, vide amplius *l. libellorum 3. §. item subscribere. D. de accusat. item l. certi iur. 15. C. de indiciis.*

§. 11. Item si propter inimicitias, &c.

Decima excusatio ex causa inimicitiarum. Sed hoc est tamen, vt coniungã quæ vidẽtur coniungenda. Primò, si quis inimicum suum ideò tutorem scribat, vt eum subiiciat periculis & molestiis. At hoc sanè non videbitur esse hominis admodum prudentis, vt nuper dixi alio tit. ex Iulio Paulo *libr. 2. sent. tit. 27.* Quidam hanc excusationem vocãt propter iniuriam & vexationem, & de hoc agitur isto loco, vide *in l. si duas 6. §. dat remissionem. D. eod.* & vide *C tit. si propt. inimicitias creatio facta sit. lib. 10.* Nunc secundo, si aliàs tutor datus sit, qui cum patre pupillorum capitales exercuit inimicitias, nec interuenisse videatur reconciliatio, de quo *in §. inimicitia infra & in d. l. 6. §. dat remiss.* Tertiò, si datus sit tutor, cui à patre ante mota fuerat controuersia status, quæ non est leuis iniuria, de quo *in §. item qui status infra.*

℣. Sicut per contrarium, &c. Annectit hîc per antithesin duas species vitiosæ excusationis. vide *in l. spadonum 15. §. 2 & §. si non extiterint. D. eod.*

§. 14. Item maior, &c.

Vndecima excusatio ex ætate, quæ est tales: Maior annis 70. iustè se excusat, *l. excusantur 2. in princ. D. eod. & C. libr. 5. qui ætate se excusant. & rursus lib. 10. qui ætate se excusant.* vbi *in l. fin.* scribitur à muneribus personalibus excusari ætatem 70. annorum. Sic enim legendum est. Pulchrè Cicer. *in Offic.* senibus labores corporis minuendi sunt. Iam secundo minor etiam 25. annis se excusare nonnunquam consueuerat ex ætatis istius imbecilliori iudicio, sed hodie constitutum est generaliter, vt isti tutores esse non possint, & sic excusationi opus non habebunt, vide *in l. fin. C. de leg. tut.*

§. 15. Item & in milite, &c.

Miles etiam tutor esse non potest, de quibus diximus alio loco. Quare & hic minus propriè, vel potius impropriè se excusabit, vide *in l. militia 4. C. qui dare tut possunt.* Eius tamen liberorum, qui in iisdem ordinibus militauit, id est, commilitonis sui tutor esse miles potest, vide *in l sed & milites 8. §. 1. D. eo.* Sanè & milites à bello dimissi, nisi tamen si ignominiosè missi sint, vacationem habent, & se à muneribus excusant, *d. l. 8. cum ll. seq. 9. & 10. D. eod.*

§. 16. Item Romæ, &c.

Duodecima excusatio ob professionem literarum, vel occupationem circa liberales artes; de quo prolixè *in l. si duas 6. § Grammatici & deinceps. D. eod. tit.* Est autem ratio huius excusationis longè grauissima; vt & qui aliis rebus vtilissimis & præstantissimis Reipublicæ, imò & Ecclesiæ Dei seruiunt, (notum enim est, scholam esse veluti seminarium Ecclesiæ & Reipublicæ) in huiusmodi muneribus & oneribus vacationem habẽt. Verè Socrates *apud Xenophontem* dixit: *Vtiliores etiam esse Reipublicæ, qui multos ad gubernandam Rempublicam faciunt idoneos, quàm qui ipsi rectè gubernant,* & Cic. *de Senectute,* inquit: *Nihil præclarius est eo opere, quo adolescentuli docentur.* Quanquam quod dolẽdum est, superbia huius seculi efficit, vt hi scholastici, vt sic dicam, ICti, propter simplicitatem, quam olim commendabat Plinius, sint in contemptu. Iam verò & hoc accidit, vt qui hisce rebus seriò incumbere, seriamque operam dare debet, aliis vacare non possit, de quo pulcherrimè Syracides ille *c. 39.* & ideò etiã olim, si qui aliis rebus vacare, vt huic muneri rectè docendi superesse non possent, ii etiam reprobari poterant. De quo admonet ICtus in d. *leg. si quis duas.* & Gordianus Princeps

Princeps in *l. Gram. 2. Cod. de profess. lib. 10.* Et has ob causas antiquitùs etiam immunitatem concessam esse docentibus legimus à Iosepho Patriarcha, & ab aliis, (Artaxerxe Rege) de quo vide *Genes. 47. & Esdræ 7.* Sed iam videamus de hac exculatione, posteà de aliis. *Grammatici,* inquit, *Rhetores, Medici, qui Romæ aut in patria has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura vacationem habent.* Quod inquit, *intra numerum sunt,* Id primum scias fuisse præcipuas quasi sedes Metropolitanarum Ecclesiarum & scholarum, etiam confirmatarum & approbatarum auctoritate publica, veluti Romæ, Constantinopoli, Beriti, *vt in proœmio Pand. ad finem.* Et fuit olim etiam Antiochena & Alexandrina schola celebris. In his igitur atque etiam in aliis nonnullis minoribus locis & ciuitatibus certus fuit numerus publicorum professorum, de quibus vide *in d. l. si duas 6.* Et sic videtur hic loqui. Scribit autē amplius ICtus, insigniter peritos & maximè vtiles, etsi intra numerum non sunt, tamen excusari. *d. l. si duas.* Et sic agnoscit etiam quosdam extraordinarios Professores. Iam vult, eos in patria quanquam sua has artes exercere, non aliena, & sanè Romæ, quæ communis est patria, *vt in d. l. 6.* vide *& l. eos, qui Romæ profitentur 9. D. de vacat. mun.* Videndum nunc est de ipsis generibus Professorum. Principio numerat Gramaticos; qua voce intelligit eos, qui enarrant auctores Græcos & Latinos, non qui prima docent elementa, vide *in leg. sextumdecimum 2. §. vlt. D. de vacat. mun. & l. vt gradatim 11. §. vlt. D de munerib.* Rhetores intelligit, qui dicendi præcepta docent, sub quibus opinor continet etiam Dialecticos, & fortassis de his sentit Imperator *lib. 12. C. tit. 15. de profess. in vrbe Constantinop.* Cum inquit, copiamq. differendi, &c. Medicos intelligit, qui in vrbe circumeunt curando, vide *in d. l. si duas & in l. 1. D de variis & extraordin. cognit.* Sed quid de Geometris? Illi quidem à muneribus immunitatem habent. *leg. mechanicos 2. Cod. de excusation. artif.* à tutela tamen & curatione excusationem non habent. *l. Geometræ 22. D. eod. tit.* Musici excusationem non habent. *l. quod ἡγεμόνας 4. C. de excus. mun.* Calculatores itidem vacationem non habent. *l. spadonum 15 §. neque librarios neque calculatores. D eod. leg. oratione D. Pii 4. C. de profess. & Medicis libr. 10.* Huc pertinebunt igitur & Astronomi. Sanè in curiosa & vana Astrologia diuinatrice versantes tantùm abest, vt vacationem habeant, vt etiam pœnis digni iudicati sint, *Cod. de maleficis & math.* Sed & Poëtæ immunitatem non habent. *leg. Poëtæ 3. Codic. dict. tit. de profess. & Medic.* Quid igitur? An non sunt hæ pulcherrimæ & maximè necessariæ artes? Sunt sanè, sed ita lex est, & deest lex dans immunitatem. Iurisconsultos immunitatem habere constat, *dicta lege sexta. eodem & alibi.* De Philosophis vide eodem in loco *lege sexta. & alibi*, qui & ipsi excusantur. De iis, qui vacant studiis sacris, vide *Codic. de Episcop. & Cleric. vbi in leg. generaliter 51. item in cap. peruenit. distinct. 86. item in Nouel. 123. c. 5.* Et hæc de loco nostro.

Nunc, quando is locus de Professoribus est, addamus quædam alia de immunitatibus Professorum, qui vt à tutela vel curatione, sic & ab aliis muneribus immunitatē habent, ex causis de quib. supra? Adde quod & alia ratione fauore & cōmiseratione etiam digni sunt, *ex Auth. siue l. habita. C. ne filius pro patre.* quanquam & ea etiā præcipuè ad discētes in Academiis pertinet, & studiosorum quædam priuilegia & beneficia proponit. Sed primum videamus de Professoribus, qui generaliori immunitate gaudent. *in dict. l. si duas. § est autem Imperatoris, item in l. his oneri. 10. D. de vacat. munerum. l. 1. C. de decur.* Et in summa, salaria illis constituuntur, eaque vt rite persoluantur, mādatur. Datur iis īmunitas ab omnib. personalibus munerib. vbi præsertim in specie numerātur ædilitas, à qua sint immunes, cū nōnullis aliis officiis publicis curandi, emendi, &c ne cogantur recipere hospites, aut milites, à legatione excusan-

cuſantur à militia, item à munere iudicandi, *d. l. ſi duas. §. dicto. vide & in l. fin. §. fin. D. de muneib. item in l. Medicos 6. C. de profeſſ. libr. 10.* Sed & fori præſcriptio iis tribuitur, & ne litis cauſa temerè aliò auocentur & diſtrahantur. Et diligentius eos tuetur lex ab omnibus iniuriis, de quibus *in d. l. habita. C. ne filius pro patre.* Ad liberos etiam & vxores eorum pleraque hæc beneficia pertinent, quod intelligunt de viduis. vide *in d. l. Medicos 6 & in leg. Grammaticos 11. Cod de profeſſ. & Medicis.* Quidam ſcribunt à muneribus etiam patrimonialibus extraordinariis immunitatē eos habere. Sunt autem conditiones appoſitæ, & veluti iuſtiſſimæ rationes huius beneficii, de quibus ſupra dixi. Et Fridericus Imperator ſcripſit, horum ſcientiam totum mundum illuſtrare, & ad obediendum DEO, & Imperatori, ſiue Magiſtratibus eius miniſtris, vitam ſubiectorum informari, cum intereà tamen ipſi docentes & diſcentes parui fiant, *d. l. habita. C. ne filius, &c.*

Quòd ad ipſos diſcentes attinet, qui ſtudiorum cauſa peregrinantur, & amore ſcientiæ exules facti, de diuitibus pauperiores, ſemetipſos exinaniunt, vitam ſuam multis periculis & iniuriis, etiam viliſſimis exponunt, ſcribit ibidem Imperator, velle ſe vt ſecurè veniant & habitent in locis ſtudiorum ſuorū, item ne à quoquam iniuria lædantur, & ne forè facilè iniquis iudiciis vexentur, vt habeant præſcriptionem fori, & poſſint ſibi Iudicem deligere, vel Doctores ſuos vel Epiſcopum loci. Hodiè Rectorem etiam habent ex ordine Doctorum & Profeſſorum. Et in ſumma, ſcribit Imperat. ſe ſpeciali dilectione eos ab omni iniuria defendere velle; & in hoc ſanè ſumma eſt omnium priuilegiorum & beneficiorum, ex quo multa alia colligi & extrui poſſunt, quod tamen cum ingenio & iudicio faciendum eſſe ſentio, nec debent priuilegia ad alterius iniuriam competere, nec infinitam etiam concedere peccandi licentiam, & omninò oportet valere generale illud Iuriſconſultorum principium: *Vt boni præmia, mali pœnas habeant*, vide *in Nouel 17. de mand. Princip. cap. 6.* Quamobrem cum aliàs ita ſit, vt erubeſcamus ſine lege loqui, vt vulgo dicitur *ex Nouell. 1.* prudentius & cordatius vellem de hac re ſcripſiſſe nonnullos, qui ſcripſerunt. Sed & his rebus & beneficiis conditiones appoſitæ intelliguntur, nempe officiorum, quæ à diſcentibus præſtari debent; quod admonent & ipſæ leges, & licet obſeruare *in d. l. habita, item l. magiſtros 7. Cod. de profeſſ. libr. 10. & l. vnicam. C. de profeſſ. Vrb. Conſtantinop.* Ecquid an lex in Doctoribus & Profeſſoribus deſiderabit, vt operam quisque ſuam nauet non malè, *vt in dict. l. ſi quis duas.* & non idem deſiderabit in diſcentibus? Et cum de Philoſophorum vacatione quæreretur, aiebant, videndum an non aliis morum vitiis fictam aſſeuerationem detegant? *l. in honorib. 8 §. Philoſophus. D. de vacat. mun.* Item ne profeſſio & deſiderium inter ſe diſcrepent. *l. profeſſio 6 C. de muner. patrimoniorum.* An non hæc etiam ad iſtas referre licebit? Et diſertè videtur hoc exprimere Epiſtola Iuſtiniani *in Pand.* vt ſtudioſi & diſcentes in moribus etiam proficiant. Porrò & interpretes id proponunt, non gaudere priuilegiis, niſi qui ſunt diſcentes & ſtudioſi, ſub iurisdict. Rectoris, & inſcripti Matriculis, vt vocant, quemadmodū hæc omnia Iuriſconſulti explicant in priuilegio teſtamenti militaris, & accommodant Doctores ſanè, vt militaria priuilegia competunt militibus, exauthoratis autem propter delicta amplius non competunt, ſic accidunt iſta etiam in Scholaſticis.

§. 17. Qui autem vult, &c.

Hæc deinceps ad alia pertinent capita, de quibus ſupra, nempe de excuſatione ſua proponenda, de expedienda hac excuſationis controuerſia, vt & modus & tempus excuſationis ſciatur. Res autem omnis breuiter ſic ſe habet. Cauſæ iuſtarum excuſationum per ſe non liberant à tutela vel cura, & ſi quis etiam tutor datus ac nominatus erit.

Ab ea

Ab ea quidem nominatione non potest appellare; verùm debet magis suam illam excusationem apud competentem Magistratum contestari & proponere, alioqui suo periculo cessat. Sed id tamen intra dies 50. si ibi, vbi tutor datus est, dari que potuit, habitat; vel etiam intra centesimum milliare, quòd si vlterius habitabit, dabuntur illi in singula vicena milliaria, dies vnus, & post hoc dies 30. Sed hoc ita exaudiendum, vt tamen minus nunquam habeat quàm dies 50. Hoc verò tempus incipit illi currere à die, quo scit se tutorem esse datum. *l. scire 13. §. 1. §. multa. §. scire autem oportet. §. quinquaginta, itē l. quinquaginta 38. D. eod. tit. l. quinquaginta 6. l. tutores 18. C. eod. tit.* Si tamen excusatio iusta abiudicabitur, ab hoc onere appellare poterit, *d. l. scire §. 1. l. excusationis 3. & d. l. 6. C. eod.* Sed & si plures habeat excusationes, & in quibusdam deficiat, aliis etiam deinceps vti intra legitimum hoc tempus non prohibetur. *l. propter litem 21. §. 2. D. eo.* quatenus sanè pluribus exceptionibus ferè nemo vti prohibetur. *l. nemo 8. D. de except.* Porrò vero peragendo etiam hoc negocio excusationis quatuor menses sunt constituti, idque tempus verius est ab eodem die scientiæ currere. Et sic accipe Paulum, *in dict. l. quinquaginta 38.* de qua controuersia est.

§. 19. Datus autem tutor, &c.

Hoc quorsum in eo tit. non video, nisi sit mendum, & aliqua desint supplenda *ex l. propter litem 21. D. eod. tit.* Et sic erit hic adhuc alia excusatio, nempe propter latè diffusum pupilli patrimonium in diuersis locis. Tutor quidem datur semel & in vniuersum, si tamen pupillus alibi etiam, vt hic, bona habeat, ab eorum administratione tutor se excusare potest, vide *in leg. non solùm 10. §. qui propter testamentum. l. propter litem. §. 3. D. eodem titulo.*

§. 20. Qui tutelam, &c.

Decimaquarta & vlt. causa veræ & propriæ excusationis propter anteactam eiusdem tutelæ gestam. *lig. 16. D. eod. l. curator 20. C. eod.* & ait textus *in l. tutori 20. C. negoc. gest.* Satis est, si cui vel in paucis amici labore consulatur.

§. 21. Iidem rescripserunt, &c.

Maritum ex iure Romano vxoris suæ curatorem esse non posse, & non debere, alibi annotaui, & quid tamen hic diuersum sit, siue obseruetur apud alias nonnullas gentes, vti Saxones quoque, igitur impropriè siue minus propriè se excusabit. Et scribitur hic, *etsi se immiscuerit*, videlicet errore, tamen excusare se potest & debet, vide *in l. amplissimi 4. & l. licet 17. C. eod.* Et hinc illud nunc quoque obseruabis, vt supra dictum, qui se tutorem fore promisit, deinceps, se excusare non potest. Ita hic quoque qui se rebus & negotiis immiscuit, frustrà se posteà excusare conatur, de quo vide *in l. tutores 2. C. si tutor vel curat. falsis all. & in l. non tantum 17. §. sanè notum est. D. eod.*

℣. Si quis autem, &c. Nunc tandem de eo, qui falsis & minus legitimis vsus est excusationibus. Qui etsi hoc modo impetrauit vacationem, vel fauore & gratia, vel pecunia, tamen ob id non liberabitur, sed ex quo scit & didicit, se tutorem esse datum, statim obligabitur, & suo periculo cessat, neque erit eius rei iudicatæ vlla præscriptio, ipso iure nō valente eiuscemodi ex falsis allegationibus decreto & sententia, vide *tit. Cod. si tutor vel curat. fals. alleg. excus. sit, vbi in l. 1. & vltim. item tit. C. si ex falsis instrum. iudicatum sit. l. 1. cum duab. sequentib.*

DE SVSPECTIS TVTORIBVS, VEL CVRATORIBVS.

TITVLVS XXVI.


CIENDVM est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

§. 2. Datũ est aũt ius remouẽdi tutores suspectos Romæ Prætori, & in prouinciis Præsidibus earum, & Legato Proconsulis.

§. 3. Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, siue sint testamentarii, siue non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor, accusari poterit.

§. 4. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum, dummodò meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet vt suspectus remotus fuerit.

§. 5. Consequens est, vt videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimò mulieres admittuntur ex rescripto diuorum Seueri & Antonini, sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt, vtputa mater, nutrix quoque, & auia, potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quàm Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiã non egredientẽ, sed pietate productã, non sustinere iniuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

§. 6. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare, puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere, & ita diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

§. 7. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet soluendo sit, vt Iulianus quoque scripsit. Sed & antè, quàm incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum remoueri, idem Iulianus scripsit, & secundum eum constitutum est.

§. 8. Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum famosus est, si ob culpam, non æquè.

§. 9. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, vt Papiniano visum est.

§ 10. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaq; tutor, vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

§. 11. Si quis tutor copiam sui non faciat, vt alimenta pupillo decernantur, cauetur epistola diuorum Seueri & Antonini, vt in possessione bonorum eius pupillus mittatur, & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi iuben-

iubentur. Ergò vt suspectus remoueri poterit, qui non præstat alimenta.

§. 12. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum vrbi puniendum, placuit, sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit. Libertus quoq;, si fraudulenter tutelam filiorum, vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum vrbi remittitur puniendus.

§. 12. Nouissimè aũt sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelã administrant, ẽt si satis offerant, remouendos esse à tutela, quia satisdatio tutoris propositum maleuolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat.

§. 13. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, vt suspectus sit. Enimuero tutor, vel curator, quamuis pauper sit, fidelis tamen & diligens remouendus non est quasi suspectus.

COMMENTARII.

VARIIS conditionibus, vt ante aliis locis audiuimus, tutores & curatores ad tutelam & tutelæ curæuè administrationem admittuntur, idque quò magis consulatur pupillis. Nunc etiã, ne qua facilè fenestra relinquatur ad nequitiã, suspecti postulari, vt ante tẽpus remoueantur, possunt, & verè Iustinian. *in Nou 72.* dixit: *Homo semel ad malitiam deditus, nihil non in contrariũ & in fraudẽ adinuenire potest.* Et ICtus *in l. quia satisdatio 6. D. eod. tit.* inquit, *Maleuolorũ propositum satisdatio non tollit, sed magis etiã diutius grassandi facultatẽ præbet.* Atq; etiam *in l. præced. 5. Satius est rẽ saluam habere, quàm tabulas satisdationis asseruari & litib. diuexari.* Porrò dicitur hæc suspecti postulatio, & actio suspecti, & accusatio; crimen tamen publicũ non est, & sunt deinceps huius materię hęc pręcipuè capita. 1. Vnde sit hæc actio siue accusatio. 2. apud quos Iudices vel Magistr. exerceri possit. 3. aduersus quos tutores curatoresq; proponi possit 4. quis possit agere vel accusare, 5. quis sit suspectus & ex qua potissimũ causa. 6. quãdo & quandiu hæc actio competat. 7. quis sit huius postulationis effectus, quæ vis & quæ etiam pœna suspecti? De quibus dicemus ordine ad textũ, & addemus etiam modum agendi. Sed & ad finem tandem dicemus de materia §. fin. supra, de Attiliano tutore, de primario totius tutelaris materiæ effectu circa ius agendi, quomodo finita tandem tutela vel cura conueniantur tutores curatoresque, de rationibus reddendis, quod alii solent dicere in solemni suo *tit. de act.* vt notum est. Et hic indicanda etiam differentia quædam inter ius nostrum commune & ius Prouinciale Saxonicum.

§. 1. Sciendum est, &c.

Primus locus; quo docet hoc crimen, id est, hanc accusationem, siue hoc iudicium de suspecto tutore, ex antiqua lege 12. tabul. venire. Citari solet Cic. *lib. 3. in Offic.*

§. 2. Datum est, &c.

Secundum caput de Magistratibus, maioribus huius rei cognitoribus & iudicibus, veluti prætore, præside prouinciæ, legato Proconsulis, vide *in l. 1. §. damus autem D. eod. l. cognitio 4 D de offic. eius cui mand. est iurisd. l. 1. §. suspecti. D. ad S C. Turp.*

§. 3. Ostendimus, qui possint, &c.

Tertium caput de tutoribus & curatoribus, qui ita accusari possunt, nempe omnis omninò generis. Illud tñ additur ob reuerẽtiam, quæ debetur cõsanguineis & patrono, non facilè, nec ob leuem aliquã causam eos

remo-

remoueri, sed magis esse, vt iis suspectis addatur curator. Quod si tamen euidens appareat fraus, remoueri tunc poterunt; sed ita, vt parcatur eorum famæ; quod ita fiet, si atrocitas rei verbis temperetur, & in petendo & in pronunciando, siue in decreto, vide *l. tutor quoq; 3. §. fin. cum l. sequenti. item l. si tut. 9. D. eod.*

§. 5. Consequens est, &c.

Quartum caput; qui possint accusare, vbi obserua hanc esse veluti publicam actionem, siue accusationem, quæ fauore pupillorum conceditur cuilibet, & potest etiam adolescens ipse ex consilio suorum necessariorum curatorem suum suspectum postulare, pupillus ad accusationem idoneus non est. Sed potest etiam Magistratus ex officio suo in suspectum inquirere & cognoscere, eumque remouere, vide *in leg. 1. §. consequens. item in l. impuberib 7. D. eo l. pietatis 6. C. eod l. tutor quoque. §. præterea. D. eod.* Potest & debet tutor quoque contutorem suspectum postulare. *l. suspectus 5. D. eod. l. 1. C. si tutor vel curator non gesserit.* Et est omninò fauorabilis hæc causa, vt multa fauore pupillorum quasi singulari quodam iure videantur posse recipi.

§. 7. Suspectus autem, &c.

Hic de loco quinto, quis sit aut possit esse suspectus, quo pertinent & alii §§. *si quis tutor. §. nouissimè cum sequent. infra eod.* & vide *in l. 3. §. nunc videamus. & §. fin. l. suspectus fieri 5. l. suspectum 8. D eod.* Et per antithesin etiam docetur ac monstratur, qui non sint suspecti, *vt in §. fin. infra.* Et omninò suspectus est vel fit, qui non ex fide tutelam gerit, qui nõ facit, quæ sunt sui officii. Ergò etiam hic tutoris officium diligentius cognoscendum est, ne pupillus aut adolescens, cui dura est hæc custodia, vt inquit Horat. suspectum velit facere eum, qui minimè suspectus est. Dixi alio loco ex *l. tutoris 30. D. de adm. tut.* tutoris præcipuum officium esse, ne indefensum pupillum relinquat. Verùm & *in l. cum plures 12. eod. titul.* Paulus scribit: *Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli proponatur, imprimis mercedes præceptoribus, non quas minimum poterit, sed pro facultate patrimonii pro dignitate natalium, &c. constituet, &c.* quæ ibi de mittendis muneribus & alibi scribit. Debet tamen etiam hoc agere, ne quęres pupilli illicite diminuantur, pupilli pecuniam, quantum fieri potest, non relinquere sine causa otiosam, sed collocare, vel in legitimas vsuras etiam, vbi commodissimè & rectissimè potest. Quod nisi fecerit, ipse tenetur in has vsuras, de quo in *l. sequenti 13 item in l. si tutor 15. & in l. tutor qui repertorium. 3. § si post D. de adm. tut. cum simil lib. concordant.* Sed & quam pecuniam in rem suam vertit tutor, de ea tenetur etiam ad vsuras. *d. l. 7. & C. de vsuris pupill.* Porro verò Iustinianus tamen hanc necessitatem fœnerandi pecuniam illis remittit, contentus, si saltem pecuniam pupillorum diligenter custodiant; si tamen negociorum pupilli ratio necessariò id exigere videatur, eatenus collocabunt, quatenus pupillo necessarium est ad vitæ rationem. *Nouel. 72.* Vsurarum autem harum modum, de quo *in d. l. 7.* credo nunc definiendum ex constit. Iustiniani *in l. eos 26. C. de vsur.* sed de his alibi. Nunc in summa, vt alibi dixi, vtilia facere debet tutor & inutilia prętermittere, & de huiusmodi etiam posteà dicemus in actionibus tutelarum. Ergò ex facto officio non est suspectus, sed magis ex neglecto officio, & vt hic dicitur, *mores faciunt eum suspectum*, id est, si moribus talis est, vt sit suspectus. Illud tamen etiam notandum, non modo ex dolo hoc contingere, quanquam ex hoc maximè & pręcipuè, sed etiam ex culpa, puta segnitie, simplicitate, ineptia, inertia, negligentia, *d. l. tutor 3. § vltim. & l. sequenti 4. §. vltim. D. eodem titulo.*

¶. Sed & ante, &c. Hæc ad locum sextum referas vna cum iis infra. *§. sed si suspecti dicũtur.* & obseruabis has theses. Primam, etiam

etiam eum vt suspectum accusari posse, qui post admonitionem nihilominus dolo vel culpa cessat gerere; eo enim ipso peccat, & extunc contra eum agetur, vide *l. curatores 2.cum l.sequent.3.C.eod.l. te enim 4 §.fi.D.eod.*

Secundam, statim atque actioni tutelæ locus est, cessare hanc suspecti cognitionem. Cum enim huius iudicii finis sit tutelæ abrogatio, cur, cum iam tutela perempta est, hoc genere postulationis vteris? *l. tutor 3.§. quæri potest.l.post finitam 11. D.eod.leg.1.C.eod.*

§. 8. Suspectus autem, &c.

Hic est locus septimus, de effectu. *Suspectus*, inquit, *remotus si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam non æquè*, quæ verba non leuem habent difficultatem. Quæsitum enim est, an remotus ob culpam suam nunquam fiat infamis? Quæ quærunt de culpa lata, quæ est culpa crassa, magna, quam dicunt propriè fraudem & malitiam, de quo vide præsertim *l.magna negligentia 229 D.de verbor.sign. & in l.impuberib. 7.§.si non fraus.* Si non fraus sit admissa, sed lata negligentia, quia ista propè fraudem accedit, remoueri & huncquasi suspectum oportet. Quidam distinguunt inter culpam ignauiæ & versutiæ, quod sanè nō videtur satis firmum, vt Mynsingerus, &c Alii dicunt, textum *in d. §.si non fraus.* nihil dicere de infamia, sed de remotione saltem, Angelus cum suis. Sed quæ potuit de eo esse dubitatio? Azo hoc apud Accursium simpliciter negauit, ob culpam latam remotum fieri infamen, hoc argumento, quod causa & periculum famæ & vitæ æquiparentur; in periculo autem vitæ non sit culpa hæc pro dolo. Sed & hoc argumentum non est satis firmum: non omnis enim, cuius parcitur vitæ, parcitur & famæ, vt alibi copiosius audiemus. Ipse Accursius expressioribus textib. vt videbatur, cōuictus dixit, æquè eū infamari, qui ob culpam latā remotus est, quanquam aliquid moderationis voluit addere in verbis, *non æquè*. Et sanè vehementer me turbat prædictus locus *in §.si non fraus.* Quicquid tamen sit, libenter inclino in hanc sententiam, vt tantùm ob dolum remotus sit infamis; neq; enim conuenit culpam, id est, negligentiam, socordiam infamari, sed dolum tantum, id est, malitiam.

§. 9. Si quis autem suspectus, &c.

Pertinet & hoc ad locum septimum, ecce tutori suspecto postulato, singul. quodā iure statim interdicitur administratione. Idq; ideo, quod metuendum sit, ne exacerbetur & fiat deterior. Datur autem intereà curator, si nullus prætereà pupillo sit tutor, *l.eum quem.7.C eod.*

§. 11. Si quis tutor, &c.

Hoc pertinet ad caput quintum, licet & ad postremum caput referre. Res autem ita se habet. Quò magis pupillus sit tutus, prætor cum propinquis solet prouidere, vbi pupillus potissimum remorari debeat; & solet etiam alimenta pro modo facultatum constituere, & ad hoc tutor euocari solet, qui prætorem instruat, de quo vide *D. vbi pupillus educari vel morari debeat, & de alim. ei præstand.* vbi præsertim *in l. ius alimentorum 3. & C. vbi pup. educari deb.* & rursus *C. de alim.pup.præstand.* Quod si igitur ad hoc euocatus tutor dolo latitet, suspectus est, potestque remoueri. *l. tutor 3.§ tutor.D.eod.* Addit etiā, quod debeat pupillus in possessionem bonorum ipsius tutoris intereà mitti, tutor enim latitat, vt in eū ob hanc causam remotum tutelæ agi vix possit, *l.impuberib.7.§ præterea. D.eod.* vbi pulchrè ICtus. Suspectus enim sua sententia factus est, nimirum fateri videtur facinus, qui fugit iudicium, vt habet Mimus Publianus. Quod si verò tutor non quidem latitans, sed præsens, nihil posse decerni contendat quasi inopi, & tamen de mendacio conuincatur, quod animo fallendi id finxerit, meritò suspectus est, & grauiorē etiam pœnam sustinebit, nempe præter infamiā corporalem etiam pœnam, quo

nomine ad præfectum vrbi, qui cum imperio est, remittitur, vide de hoc *leg. 1. §. item solent. D. de offic. præf. vrbi.* Porrò sunt & alii, quorũ dolus & fraus sese manifestè præbet, vt grauius etiam puniendi veniant, de quib. iam dd. ll. Et nominatim obserua de eo, qui pecunia data redemit tutelam, qui meritò est longè maximè suspectus.

℣. Quamuis pauper in §. finali, &c. Annectit, vt dixi, causam minus legitimam, nempe ob solam paupertatem nemo est suspectus, vt ideò remoueri possit, potest tamen ipsemet pauper se excusare, *vt supr. tit. prae.* Sed & qui satisdare debet, si ob paupertatem nõ possit, recusari potest & remoueri, sed sine infamia vide *l. eum tutorẽ 2. C. de tut. qui satis non dedit.* Sed & si ob paupertatem periculum aliquot immineat, curator adiũgi potest, vide *l. pietatis 6. C. eod.* sed, vt dixi, ob solam paupertatem per se non fit suspectus, sed mores, id est, vitiosi mores, siue vitia morum, præcipuè faciunt suspectum. *l. suspectum 8. D. eod. l. in postulandis 5. C. eod. item l. scire 21. §. vlt. D. de tut. dat.* Nec sola paupertas est de genere malorum. Obserua etiam ex hoc loc. à tutore non tantùm fidem, sed & diligentiam exigi.

Et nunc quando vidimus, quibus ex causis fiat quis suspectus, & quis huius postulationis finis sit, quis effectus, adiiciamus modum siue formam postulationis, tùm etiam decreti. Ergò sic dicet actor:

Coram vobis, Iudices, &c. comparet N. proponit & dicit, N. Tutorem ita testamento datum eam tutelam malitiosè ac fraudulenter administrare, hoc & hoc modo, pupilli res interuertendo, &c. Quod cum pupillo maximè damno futurum sit, & iuri æquitatiq; aduersum, & pupillo melius sit, res saluas habere, quàm post accepta damna saluas sperare propositis actionibus; ideò petit actor vestra sententia iudicari & pronunciari, eum tutorem suspectum esse, ob eamq; causam ab ea re eaq; administratione remoueri debere.

Tum porrò Iudex ita pronunciat: *Quia visis petitionibus, allegationib. & defensionibus vtrinq; comperimus, te N tutorem N. pupilli tui res fraudulenter ac dolosè administrare; ideò tibi ea administratione deinceps interdicimus, &c.*

Nunc verò, quod attinet *ad § Ostendimus supra in fine*, cum dicitur, famæ patroni parcendum esse, scias ita infamari tutorem, cum dolosè egit, & actio ipsa doli fecit mentionẽ; Iudex etiam, qui ad petitionem respicit, id expresserit. Itaque si de hoc agatur, vt famæ hominis necessitudine coniuncti parcatur, res licet indigna, in petitione ea, & decreto siue sententia verbis mitioribus contemperanda est, vt ita agas, vt decet libertum in patronum, de quo vide *in l hæc enim 4. D. eodem. item in leg. non debet 11. D. de dolo malo.*

Et hæc hactenus, nunc tandem, vt promisi, de materia *§ fin. supra de Attil tut. titul. 20.* nempe de generali actione tutelæ. Sic habet textus: *Cum ergò pupillorum pupillarumq; tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ iudicio rationem reddent.* Tutelæ iudicio, id est, tutelæ actione; de qua docetur, vnde sit, cui detur, aduersus quem, ad quid, cum similibus locis, de qualitate etiam actionis, vt faciliùs sciatur & intelligatur, quomodo ea sit instituenda. Et imprimis est ea actio ex quasi quodam contractu propter susceptum officium, quod tamen officium auctoritate legis suscipere oportuit, *infr. lib. 3. tit. de obl. ex q. contractu. §. tutores quoq;.* Obligatio autem tutoris quæ & qualis sit, iam ante etiam ferè audiuimus. Sic autẽ amplius ICtus. *in l. 1. D. de tutel. act. De omnib. quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item de his, quæ non fecit, rationem reddet, præstando dolũ & culpam, & quantam in suis reb. diligentiam.* Et rursus *in l. à tutorib. 23. D. de adm. tut.* docetur, *eam diligentiã à tutorib. circa administrationem rerum pupillarium requiri, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere debet.* Imperatores etiam *in l. quicquid 7. Cod. arbitrium tutelæ*, inquiunt: Quic-

Quicquid tutoris dolo, vel lata culpa aut leui seu curatoris minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint, hoc in tutelæ iudicium venire non est incerti iuris. Hic igitur audis, quæ sit & quàm arcta etiam tutoris obligatio, qui ad leuem vsque culpam astringitur. An teneatur de leuissima culpa quæsitum est? Id videtur sanè prima fronte negare textus, & negat Accurs. *in d. l. 7.* & videtur id humanius; licet tamen interpres doctissimus Cuiacius contra videatur sentire. Porrò verò ex hoc tamen quasi contractu est & inuicem obligatio, id est, contraria, nimirum & pupillus tutori suo obligatur, vt seruet ipsum indemnem, quatenus in rem ipsius aliquid impendit, quia nemini officium suum debet esse damnosum. *l videlicet 29. D. ex quibus caus. maior. c. cum non. de elect. in 6.* neque etiam tenetur de suo eum alere, & de suo illi largiri, aut in res ipsius de suo quid conuertere, &, vt nuper dixi, satis est, si cui vel in paucis amici labore consulatur, *d. tit. lib. 3 infr. item D. de contraria act. tutelæ vbi in l. 1.*

Ex his igitur obligationibus & ad has causas sunt hæ actiones tutelæ, alia directa, alia contraria; quarum illa datur pupillo in tutorem; hæc tutori in pupillum, quæ actiones in personam sunt. §. *Omnium autem. infra de act.* & rei persecutoriæ, secundum ea, quæ iam audiuimus. §. *sequens infra de actionibus.* item bonæfidei actiones sunt, §. *actiones autem ibidem*, & heredibus competunt, & in heredes, *libr. 4. tit. 12.* Sed & ex earum numero sunt, quæ perpetuæ dicuntur, *dict. lib. 4 tit. 17.* Directa autem inter famosas etiam numeratur, id est, quibus damnati efficiuntur infames, *infr. libr. 4. titul. 16. §. ex quibusdam.* Competunt autem semel finita demum tutela, vt tunc vniuersæ tutelæ administrationis reddatur ratio, *vt in d. §. fin. supr. tit. 20. & in l. nisi finita 14. D. de tut. act.*

Sed hic differentia quædam extat in iure Saxonum, quo iure maioris securitatis causa constitutum est, vt tutor per singulos annos reddat rationem administrationis pupilli agnatis, qui sperant successionem; à quo tamen excipitur legitimè tutor, qui ipse pupilli futurus est heres. *libr. 1.* Landtrecht. *artic. 23.* Tale quid videtur Carolo Principi aliquando in mentem venisse, vt generaliter obseruetur. Vide *in actis Comitiorum Augustanorum, Anno 1548.* Porrò de actionibus his tutelæ, finita tutela directa & contraria, quod diximus, illud scias, esse ad eundem omninò modum actionem, pro tutelæ nimirum, si pro tutore proue curatore negotia gessit vel administrauit, qui tamen reuera tutor non erat. Huc pertinet *tit. D. de eo, qui pro tut. vel pro curatore negotia gessit.* Illa etiam, quæ de tutela & tutore diximus, eadem ratione & de curatore intelligenda sunt, ad quam rationem introducta est eiusdem etiam naturæ actio vtilis negotiorum gestorum, & pertinet huc *titul. de tutelæ & curat. vtili act. in D. & ibid. de contraria & vtili actione.*

Porrò his ita præmissis, ex quibus actionis tuæ naturam omninò conspicis, & intelligis, cui detur, aduersus quē, ad quid, &c. ex quibus etiam profluit officium Iudicis, de quibus suo loco monebimus, facilè est ratio instituendæ actionis, si saltem addas clausulas illas libellorum ex vsu fori, de quibus etiam suo loco. Sic igitur dicet Actor proponens actionem tutelæ directam; in contraria similis est mutatis mutandis, sicut in aliis.

Coram vobis, spectabiles viri, comparet Caius actor & dicit, Titium reum sibi testamento patris suum tutorem esse datum, eamq; tutelam tot annis administrasse, donec iam nempe pubertate actoris finita sit tutela, quo tempore ex præscripto legum patriisq; restituenda fuerit omnium rerum administratio, & ratio accepti & expensi facienda tutori. Atqui eundem tutorem sæpius de hac re admonitum tergiuersari, & parùm etiam sibi suisq; rationibus, id quod res ipsa docebit, constare. Itaq; quando actori ad legitimum suum Magistratum, tanquam communem tutorem pupillorum & afflictorum

omnium, & possit & debeat patere aditus, implorare se ideo officium Magistratus & Iudicis, & petere, vt iubeatis prædictum reum tutorem subditum vestrum coram vobis selectis iure proposito in medio inuentario, tabulisq́; accepti & expensi rationes gestæ tutelæ reddere, & vt compellatis deinceps damnum in omne, quod ipsum dolo vel culpa sua dedisse rebus pupillaribus deprehensum fuerit, sufficienter, prout ius & æquitas postulat, sarcire. Item quicquid amplius ex rebus pupillaribus penes illum reliquum fuerit, id omne bona fide reddere. In quib. omnibus obnixè petit actor vestro iudiciario officio ius & iustitiam sibi administrari, &c. Vide *D. de tutelaria act. in l 1.* vide etiam *in l. cum seruus d. tit. de condict. & demonstrat.* Item domin. Ioannem Oldendorpium *in classib. act. classe 4. act. 31.*

Ad extremum sciatur & hoc de concurrentibus quibusdam remediis, præter has, de quibus dixi, generales ex tutelæ administratione actiones, quæ rei persecutoriæ sunt, esse & alias actiones in tutorem ob rem aliquam malè gestam, easque magis speciales. Et videndum est in pupillo, in negotio suo quod incidit, qua actione potissimum vtatur, aut vti debeat, nempe est actio de rationibus distrahendis, quæ datur, si quid à rebus pupillaribus, vel ex bonis pupilli tutor abstulit, nec in rationes adduxit, quæ est pœnalis actio dupli, ita vt insit tamen res ipsa, vt pœna sit simpli. Ideò est tit in D. ita *de tutela & rationibus distrahendis & vtili curationis causa actione*, vbi vide *in l. 1. §. rationib item in l. actione, d. l. rationib. 2.* Porrò, quod si etiam furandi animo id factum sit, furti quoque actio merè pœnalis dupli, &c. cum hac ipsa de rationibus distrahendis conuenire potest. Nec vna aliam consumit, quatenus in altera plus est, *d. l. 1 & 2 D. de tutel. act. &c.* Et harum rerum fundamenta alio loco proponemus: hic vsum saltem tutelaris huius materiæ quatuordecim titulis hoc in libro propositæ indicauimus. Et hactenus de iure Personarum. Sequitur de Rebus.

INSTITVTIONVM IVRIS DIVI IVSTINIANI

LIBER II.

DE RERVM DIVISIONE, ET Acquirendo ipsarum dominio.

TITVLVS I.



SVPERIORE libro de iure personarum exposuimus, modò videamus de Rebus, quę vel in nostro patrimonio vel extra patrimonium nostrum habentur. Quędam enim naturali iure communia sunt omnium, quædam publica, quædam vniuersitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique àcquiruntur, sicut ex subiectis apparebit.

§. 1. Et quidem naturali iure communia sunt omnium hæc, aër, aqua profluens,

fluens, & mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & ædificiis abstineat, quia non sunt Iurisgentium, sicut est mare.

§. 3. Flumina autem omnia, & portus publica sunt; ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusq;. Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit. Riparum quoque vsus publicus est Iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naues ad eas adpellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen nauigare; sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent, qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorundem sunt. Littorum quoque vsus publicus est & Iurisgentium, sicut & ipsius maris; & ob id cuilibet liberum est casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed eiusdem Iuris esse, cuius & mare, & quæ subiacet mari terra vel arena.

§. 4. Vniuersitatis sunt, non singulorum, quæ in ciuitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia, & si qua alia sunt cōmunia ciuitatum. Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim diuini Iuris est, id nullius in bonis est.

§. 5. Sacræ res sunt, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ, & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt; quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captiuorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio, sacer adhuc manet, vt & Papinianus scripsit.

§. 6. Religiosum locum vnusquisq; sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum inuito socio inferre non licet; in commune verò sepulchrum etiam inuitis cæteris licet inferre. Item si alienus vsusfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente vsufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre. Et licet posteà ratum non habuerit quàm illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

§. 7. Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ ciuitatis, quodammodo diuini Iuris sunt, & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus aduersus eos, qui contra leges fecerint, Sanctiones vocamus.

§. 8. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominiū nanciscimur Iure naturali, quod (sicut diximus) appella-

tur Ius gentium, quarundam verò Iure ciuili. Commodius est itaque à vetustiore Iure incipere; palam est autem vetustius esse Ius naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodiit. Ciuilia autem Iura tunc esse cœperunt, quùm & ciuitates condi, & Magistratus creari, & leges scribi cœperunt.

§. 9. Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, Iure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim antè nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur, nec interest, feras bestias, & volucres vtrùm in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratia, potest à domino, si is præuiderit, prohiberi ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodiâ coercetur. Cùm verò tuam euaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cùm vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, vt difficilis sit eius persequutio.

§. 10. Illud quæsitũ est, an si fera bestia ita vulnerata sit, vt capi possit, statim tua esse intelligatur? Et quibusdã placuit statim esse tuã: & eousq; tuã videri, donec eã persequaris; ꝙ si desieris persequi, desinere esse tuam, & rursus fieri occupantis. Alii verò putauerunt nõ aliter tuã esse, quàm si eã ceperis. Sed posteriorẽ sententiã nos cõfirmamus, ꝙ multa accidere soleant, vt eã non capias.

§. 11. Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam à te aluco includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quàm volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint. Ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Fauos quoq; si quos effecerint, eximere quilibet potest. Planè integra re, si præuideris ingredientẽ fundum tuum, poteris eum iure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex aluco tuo euolauerit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis persecutio eius est, alioquin occupantis fit.

§. 12. Pauonum quoque & columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet, quòd ex consuetudine euolare & reuolare solent; nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Ceruos quoque quidam ita mansuetos habent, vt in syluam ire & redire soleant: quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est, vt eousq; tua esse intelligãtur, donec animum reuertendi habeant; nam si reuertẽdi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Reuertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cùm reuertendi consuetudinem deseruerint.

§ 13. Gal-

§. 13. Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quòd aliæ ſunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii ſunt anſeres, quos feros appellamus. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ tuæ aliquo modo turbati, turbatæue euolauerint, licet conſpectum tuum effugerint, quocunque tamen loco ſint, tui tuæue eſſe intelliguntur, & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

§. 14. Item ea, quæ ex hoſtib. capimus, Iure gentium ſtatim noſtra fiũt; adeò quidẽ, vt & liberi homines in ſeruitutẽ noſtram deducantur; qui tamẽ ſi euaſerint noſtrã poteſtatem, & ad ſuos reuerſi fuerint, priſtinum ſtatum recipiũt.

§. 15. Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inueniuntur, Iure naturali ſtatim inuentoris fiunt.

§. 16. Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo ſubiectis nata ſunt, eodem Iure tibi acquiruntur.

§. 17. Præterea quod per alluuionẽ agro tuo flumen adiecit, Iure gentiũ tibi acquiritur. Eſt aũt alluuio incrementum latens. Per alluuionem aũt id videtur adiici, ꝙ ita paulatim adiicitur, vt intelligi nõ poſſit, quantũ quoquo temporis momento adiiciatur. Quòd ſi vis fluminis de tuo prędio partem aliꝗ detraxerit, & vicini prædio attulerit, palàm eſt eã tuam permanere. Planè ſi longiore tempore fundo vicini tui hæſerit, arboresq́; , quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquiſitæ eſſe.

§. 18. Inſula, quæ in mari nata eſt (quod rarò accidit) occupantis fit: nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata, (quod frequenter accidit) ſi quidem mediam partem fluminis tenet, communis eſt eorum, qui ab vtraq; parte fluminis prope ripam prædia poſſident: pro modo ſcilicet latitudinis cuiusque fundi, quæ prope ripam ſit. Quòd ſi alteri proximior ſit parti, eorum eſt tantùm, qui ab ea parte prope ripam prædia poſſideant.

§. 19. Quòd ſi aliqua parte diuiſum ſit flumen, deinde infrà vnitum, agrum alicuius in formã inſulæ redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius & fuerat. Quòd ſi naturali alueo in vniuerſum derelicto ad aliam partẽ fluere cœperit, prior quidem alueus eorũ eſt, qui prope ripam eius prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cuiusq́ue agri, quæ prope ripam ſit, nouus autem alueus eius iuris eſſe incipit, cuius & ipſum flumen eſt, id eſt, publicus. Quòd ſi poſt aliquod tempus ad priorem alueum reuerſum fuerit flumen, rurſus nouus alueus eorum eſſe incipit, qui prope ripam eius prædia poſſident.

§. 20. Alia ſanè cauſa eſt, ſi cuius totus ager inundatus fuerit; neq; enim inundatio fundi ſpeciem commutat; & ob id, ſi receſſerit aqua, palàm eſt eum fundum eius manere, cuius & fuit.

§. 21. Quùm ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis

quis eorum naturali ratione dominus sit, vtrum is, qui fecerit, an potiùs ille, qui materiæ dominus fuerit; vt ecce, si quis ex alienis vuis, aut oliuis, aut spicis, vinũ aut oleum, aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argẽto, vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum, aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentũ fecerit, vel ex alienis tabulis nauem, vel armariũ, vel subsellia fabricauerit. Et post multã Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatẽ placuit media sententia existimantiũ, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eũ videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si nõ possit reduci, eũ potiùs intelligi dominum, qui fecerit; vt ecce, vas conflatũ potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci, vinum aũt vel oleum, aut frumentũ, ad vuas, vel oliuas, vel spicas reuerti nõ potest, at ne mulsum quidem ad vinum & mel resolui potest. Quòd si partim ex sua materia, partim ex aliena speciẽ aliquã fecerit quis, veluti ex suo vino & alieno melle mulsũ miscuerit, aut ex suis & alienis medicamentis emplastrũ, aut collyrium, aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quùm non solùm operam suã dederit, sed & partem eiusdẽ materiæ præstiterit.

§. 22. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimẽto, & qui dominus fuit purpuræ, aduersus eum, qui subripuit, habet furti actionẽ, & condictionem, siue ipse sit, qui vestimentum fecit, siue alius. Nam extinctæ res, licet vendicari non possint, condici tamen à furibus, & quibusq; aliis possessoribus possunt.

§. 23. Si duorum materiæ voluntate dominorũ confusæ sint, totũ id corpus, quod ex confusione fit, vtriusq; cõmune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri cõflauerint. Sed & si diuersæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, fortè ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrũ, idem iuris est; nã & hoc casu communẽ esse speciem nõ dubitatur. Quòd si fortuitò, & nõ voluntate dominorũ cõfusæ fuerint, vel eiusdẽ generis materiæ, vel diuersæ, idẽ iuris esse placuit. Quòd si frumentũ Titii frumento tuo mistum fuerit, siquidẽ voluntate vestra, cõmune est, quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cuiusq; propria fuerunt, consensu vestro cõmunicata sunt. Quòd si casu id mistũ fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, nõ videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durãt. Sed nec magis istis casibus cõmune fit frumentũ, quàm grex intelligitur esse cõmunis, si pecora Titii tuis pecorib. mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrũ totum id frumẽtũ retineatur, in rem quidẽ actio pro modo frumenti cuiusq; competit, arbitrio autem Iudicis continetur, vt ipse æstimet, quale cuiusq; frumentum fuerit.

§. 24.

§.24. Cùm in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificauerit, ipſe intelligitur dominus ædificii, quia omne, quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamē ideo is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus eius eſſe, ſed tantiſper neq; vendicare eam poteſt, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim Tabularum, qua cauetur, ne quis tignum alienum ædibus ſuis iunctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtet, per actionem, quæ vocatur de tigno iuncto. Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo prouiſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quòd ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit duplum iam conſequutus, tunc eam vendicare, & ad exhibendum de ea re agere.

§. 25. Ex diuerſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificauerit, illius fit domus, cuius & ſolum eſt. Sed hoc caſu materiæ dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius intelligitur eſſe alienata, vtique ſi non ignorabat ſe in alieno ſolo ædificare: & ideo licet diruta ſit domus, materiam tamen vendicare non poteſt. Certè illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat domum ſuam eſſe, nec ſoluat pretium materiæ, & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli: vtique, ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit qui ædificauit. Nam ſcienti, alienum ſolum eſſe, poteſt obiici culpa, quòd ædificauerit temerè in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.

§.26. Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit. Et ex diuerſo, ſi Titius ſuam plantam in Mæuii ſolo poſuerit, Mæuii plāta erit, ſi modò vtroque caſu radices egerit: antè enim quàm radices egerit eius permanet, cuius fuerat. Adeò autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas eius cōmutatur: vt ſi vicini arbor ita terram Titii preſſerit, vt in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus. Ratio enim non permittit, vt alterius arbor eſſe intelligatur, quàm cuius in fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor poſita, ſi etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ ſata ſunt, ſolo cedere intelliguntur. Cæterùm ſicut is, qui in alieno ſolo ædificauit, ſi ab eo dominus petat ædificium, defendi poteſt per exceptionem doli mali, ſecundum ea, quæ diximus: ita eiuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſeuit.

§.27. Literæ quoque, licet aureæ ſint, perinde chartis, membranisve cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur. Ideoq; ſi in

chartis, membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturæ soluere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, vtiq; si earum chartarum, membranarumve, possessionem bona fide nactus est.

§ 28. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur picturam (qualiscunque sit) tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturę cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis, vel Parrhasii, in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Vnde si à Domino tabulæ, imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec soluat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoueri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, vt vtilis actio domino tabulæ aduersus eum detur: quo casu, si non soluat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: vtique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palàm est, quòd siue is, qui pinxit, subripuit tabulas, siue alius, competit domino tabularum furti actio.

§. 29. Si quis à non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet iusta causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse pro cultura & cura. Et ideo si postea dominus superuenerit, & fundum vendicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei verò, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

§. 30. Is verò, ad quem vsusfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quàm si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredes eius non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem ferè & de colono dicuntur.

§. 31. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus & lana: itaq; agni, hœdi, & vituli, & equuli, & suculi statim naturali Iure dominii fructuarii sunt, partus verò ancillæ in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse: quùm omnes fructus rerum natura gratia hominis comparauerit. Sed si gregis vsumfructum quis habeat in locū demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (vt & Iuliano visum est) & in vinearum demortuarum, vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere, & quasi bonus paterfamiliâs vti debet.

§. 32. Thesauros, quos quis in loco suo inuenerit, diuus Adrianus naturalem

Item æquitatem ſequutus ei conceſſit, qui eos inuenerit. Idemque ſtatuit, ſi quis in ſacro aut religioſo loco, fortuito caſu, inuenerit. At ſi quis in alieno loco, non data ad hoc opera, ſed fortuitò inuenerit, dimidium domino ſoli conceſſit, & dimidium inuentori. Et conuenienter, ſi quis in Cæſaris loco inuenerit, dimidium inuentoris, & dimidium eſſe Cæſaris ſtatuit. Cui conueniens eſt, vt ſi quis in fiſcali loco, vel publico, vel ciuitatis inuenerit, dimidium ipſius eſſe debeat, & dimidium fiſci, vel ciuitatis.

§ 33. Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conueniens eſt naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo cuiuscunque generis ſit corporalis res, tradi poteſt, & à domino tradita alienatur. Itaque ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in prouinciis ſunt, inter quæ, necnon & Italica prædia, ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia. Sed ſi quidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur.

§. 34. Venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is venditori pretium ſoluerit; vel alio modo ei ſatisfecerit: veluti ex promiſſore, aut pignore dato. Quod quanquam cauetur ex lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & Iure gentium, id eſt, Iure naturali id effici. Sed ſi is, qui vendidit, fidem emptoris ſequutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris fieri. Nihil autem intereſt, vtrùm ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate eius alius. (cui eius rei poſſeſſio permiſſa ſit) Qua ratione, ſi cui libera vniuerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit à domino, isque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, faciet eam accipientis.

§. 35. Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem transferēdam: veluti ſi rem, quam tibi aliquis commodauerit, aut locauerit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vendiderit tibi, aut donauerit, aut dotis nomine dederit. Quamuis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipſo, quòd patitur tuam eſſe, ſtatim tibi acquiritur proprietas, perinde ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet. Item, ſi quis merces in horreo depoſitas vendiderit, ſimul atque claues horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

§. 36. Hoc ampliùs, interdum & in certam perſonam collata, voluntas domini transfert rei proprietatem, vt ecce, Prætores & Conſules, cùm miſſilia iactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque ſit excepturus: &

tamen quia volunt, quòd quisque acceperit, eius esse, statim eum dominum efficiunt. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupauerit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, vt id in numero rerum suarum esse nolit: ideoq́ue statim dominus eius esse desinit.

§. 35. Alia sanè causa est earum rerum, quæ in tempestate leuandæ nauis causa eiiciuntur. Hęc enim dominorum permanent: quia palàm est, eas non eo animo eiici, quòd quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa naui maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

COMMENTARII.

DE personis, quemadmod. audiuimus, id est, de iure personali, harumq́; varia differentia, & earum rerum originibus dixit; nunc ex Caii propositione & methodo *in l. omne ius 1. D. de statu hom.* de Rebus dicturus est, nempè de iis rebus, de quib. personæ in iudicio contendere & disceptare solent, vel, de quibus personis ius dici solet. Ex Domino Ioanne Apello hoc etiam moneri solet; *Rei appellatione duo potissimùm in genere contineri, nempe dominium & obligationem,* quasi de his potissimùm sint priuatæ istæ controuersiæ. Vnde & duplex est deinceps actio ex dominio & ex obligatione, in rem & in personam. Et hæc de generali capite libri, vbi deinceps de dominio priori loco dicturus est. Nunc de hac præsenti huius tit. inscriptione, vbi pollicetur se dicturum de rerum diuisione & acquirendo ipsarum dominio, & sunt iterum duo capita. Nam ex duplici Titulo Pandectarum hic Titulus videtur desumptus: alter est *lib. 1. de rer. diuis. & qualit.* alter *lib. 41. de acquir. rer. dominio.* Et quando hoc in loco de rerum dominio dicturus est, quid & quotuplex illud sit, vel esse dicatur, quomodo acquiratur, & quæ eius causæ, &c. imprimis indicare voluit ipsarum rerũ genera, diuersasq́ue qualitates & differẽtias, per quas inter se distant, vt vel in dominii illius rationẽ venire possint, vel non possint. Ergò nunc de rerũ hac diuisione priori loco videamus, post de dominio; & sic deinceps ordine, materiã materiæ, titulum titulo applicantes, vt docuit etiam Hermogenianus *in l. cũ igitur 2. D. de statu hom.* Diuisiones autẽ rerum hoc titulo duas, vt apparet, proponit, & sequenti tit. aliam annectit. Sed & rerum quædam diuisio & differentia indicari videtur *in §. per traditionem infra eod. tit. & alibi.* de quibus omnib. suo loco & ordine.

℣. Quæ vel in nostro, &c.] Hęc prior est rerum diuisio, quod aliæ in patrimonio nostro, aliæ extra patrimonium nostrum habentur. *Patrimonium* dicitur de *Rebus*, & à patris nomine, vt matrimoniũ olim etiam à matris nomine. Sed illud hic generaliter de rebus dicitur, quæ possidentur, vt in patrimonio esse sit idem, quod in bonis, in bonis haberi, item in dominio nostro esse, in commercio esse. vide *in l. 1. D. eod. de rer. diuis. item in l. rem in bon. 52. D. de acq. rer. dominio. l. 1. D. de vsufr. leg l. si in empt. 34. §. 2. D. de contrah empt. & infra de inutilib. stipul. §. idem iuris.* Ergò hoc vult: Quædam res nostræ & singulorum priuatorum esse & fieri possunt, quædã non possunt. Et hæ res sunt cum corporales, tũ incorporales, licet istę incorporales nõ propriè possunt dici esse in bonis ex

quali-

qualitate illa sua, quod sint incorporales, quæ cum non sint siue existant, reuera corpore aliquo teneri haberi & possideri propriè non videntur posse; & sic accipe *d. l. 1. ff de vsufruct. legato*, ex qua obiicit hîc Accursius.

¶ Quædam enim, &c.] Hæc altera est rerum diuisio, quæ reuera etiam videtur prioris esse declaratio. *Quædam*, inquit, *naturali iure communia sunt omnium, quædam publica, quædam vniuersitatis, quædam nullius, pleraq; singulorum, &c.* Et vides quinq; membra hic proponi. Sed Martianus tamen *in l. quædam naturali 2. D. eod. tit. de rer. diuis.* publicorum non meminit; fit tamen per eundem Martianum mentio publicorum *in l. nemo igitur 4. ibid.* Et quicquid sit, magna etiam est varietas inter Interpretes in distinguendis his speciebus, præsertim cum non sit dubium, ambigua etiã significatione quãdoq; dici posse cõmune, publicum nullius. Mihi igitur, qui & breuitati & hisce scrupulosis difficultatibus non nimium onerare discentes, sed de aliis etiã, quæ magis ad Scholarum nostrarum vsum videntur pertinere, commonefacere debeo, sufficiat hîc breuiter indicare, quod inuenio magis esse consentaneum veritati. Itaque imprimis hic docemur de re maxima, quod in hac vita & in genere humano nec omnes res sint omnibus, vel inter omnes communes, nec omnes sint & esse possint etiam singulorum priuatæ, siue occupari priuatim. Hic verò nobis etiam tacentibus insinuat se ea persuasio, quæ homines quosdã fanaticos in præcipitium dedit, & cuius fundamenta diligenter in scholis sæpè expelli conuenit, vt constet de certitudine veritatis. Dicunt isti, omnia esse communia, non licere Christianis habere propria, non licere id etiam sacerdotibus. Omnia esse communia, non modò docuit Cicero *1. Officiorum*, & alii; sed & docuit ita Ecclesia *vt in c. Ius naturale, distinct. 1. & rursus distinct. in initio*, vbi citatur Augustinus, vide etiam *in c. dilectissimis 12. q. 1.* Sed respondebitur, id quidem principio, siue initio creationis ad vsum hominum ita fuisse comparatum, post verò necessitate rerum immutatum. Verùm dicitur iure naturæ ita fieri, vt sint omnia communia, *dd. locis*. Constat autem iura naturalia esse immutabilia. Fit igitur vsitata & recta responsio ex distinctione, siue ex varia acceptione iuris naturæ, quod modò dicitur de præceptis honestatis & iustitiæ naturalibus, quæ semper æqua & bona sunt. *l. 1. D. de iustit. & iur.* modò de bonis & commodis quibusdam vtilibus, quę pro conditione temporum & morum mutari, retineri vel aboleri possunt. Vt ecce stante prioris hominis natura & integritate, potuerunt hoc commodo homines perfrui, vt nihil quispiam proprium sibi vendicaret & sumeret; sed omnium rerum communem vsum sibi relinqueret, & omnib. rebus cõmuniter quisque pro sua necessitate vteretur. Verum deformata hac ipsa hominis integritate, vbi hominis animus auaritia & eius generis infinitis malis cupiditatibus turget & æstuat, non possunt amplius eiusmodi hominum communia esse innoxia & salua. Cæterùm hic occurrit splendida ista obiectio: Christianos tamen, siue Christi discipulos, fide accipientes remissionem peccatorum, simul renouari, vt quoquo modo in pristinum illum innocentiæ statum restituantur, & auaritiæ & cupiditati indulgere non debeant: Item primos Christianos habuisse res communes, vt legitur *in Act. Apost.* de quo etiam D. Hieronymus *in lib. de Ecclesiastica Scriptura*, quæ citat Dn. Cuiacius *in Nou. supra*. Et respondebitur, habitare ipsos in hac terra inter impios, & non regeneratos, & istam regenerationem pro parte saltem hic fieri. Quod verò ad exempla Apostolorum attinet, valeat dictum: *Distingue tempora, & conciliabis Scripturas.* Aspiciatur forma & status istius Ecclesiæ, cæteræque circumstantiarum varietates, & facilè deprehendetur, ea exempla id, quod inde fanatici efficere volunt, nequaquam ostendere. Sic facilè etiam ad alia quędam dicta, quæ adducuntur *Matth. 10.* re-

spondebitur, veluti de ministris Ecclesiarum, ne possideant aurum, quia ibi non hoc propriè vult Christus ne possideant ipsi propriũ, aut quid habeant, sed ne de hoc sint soliciti. In summa, prohibet auaritiam, pusillanimitatem, solicitudinẽ cum quadã diffidentia, vt locus ipse ostendit. Sed & contraria exẽpla hominum sanctorum è S. Scriptura adduci possunt. In summa, *non consistit regnum Dei in cibo & potu*, inquit Apostol. Atq; nõ modò ista respõdebuntur, sed omninò dicetur hic quod res est, & quatenus etiam nostri solẽt probare, vt quisque bona fide & innocenter proprium possideat, & sibi quærat, quod in rem suam est. Dicemus igitur primò, licere sanè piis & Christianis, cum sub pio Magistratu id possunt, habere ea, quæ dedit Deus, propria Iure dominii. Et reuera de cõmunione rerũ præceptũ morale & legis diuinæ extitit nullum, quod saltem ipse Decalogus (vt vocant) ostendit. Sed tamen nequaq̃ probari posset aut deberet illa πλεονεξία, & infinita cupiditas habendi & transferẽdi omnia ad suum cõmodum. Dicemus 2. voluntariã interim esse cõmunicationem, quæ fit cum æqualitate, & omnib. modis & rationib. fouendã esse, nimirum in contractib. legitimis. Dicemus 3. in summa necessitate inopiæ & famis rursus etiam faciẽdas esse quodammodo cõmunes res, saltem debito & pro ratione necessitatis, verbi gratia, cum petit inops aut esuriens panem & eleemosynã, obligatus es, vt illi communices. Ita pulchrè D. did. Couar. in explicat. regulæ: *Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum* & est tex. *in c. 2. dist. 47. Esurientium*, inquit, *panis est, quam tu detines & recludis.* Et Syracid. c. 29. *Qui iuuat proximum, facit opus misericordia, & qui opes habet, debet id facere.* Vide quæ notantur *in c. discipulos. de consecrat. dist. 5.* Ergo sic rectissimè, iustissimè, & bona piaq; conscientia habebis & possidebis propria, si non occupabis aliena, si etiam, quod alienum est, & efficitur saltem debito, vel consensu debito rursus in necessitate cõmunicare non detrectabis. Quandoquidem igitur effecimus, non esse omnia nunc iure cõmunia, sed licere habere propriũ, videamus deinceps de huius nostri loci sensu: *Quadam*, inquit, *iure natura communia sunt, quadã publica, &c.* Videtur, vt breuiter dicã, hoc velle: Deus mundi opifex eiusdemq; Dominus hominum parenti eiusq; heredib. terram vniuersam, quæq; ei accedũt, vtendam fruendã dedit, eamq; mentẽ & rectam rationem iisdẽ infudit, vt pro suo cõmodo vel in cõmune vel partes diuiso vterentur. Et quidem naturali ista ratione à Deo indita in his prælucẽre deprehẽsum est, solutã illam & liberam rerum omnium cõmunionem in hac degeneri hominũ natura consistere non posse, & rectius fore, vt quædam saltem cõmunia manerent, aliæ verò res publicæ fierent, aliæ vniuersitatis, aliæ nullius, & aliæ singulorũ, & quãtum fieri posset, rerum omnium vsus humanis & cõmunib. necessitatib. seruata norma æqui & boni concederetur. Iam ad ipsas quasi species progrediemur.

§. 2. Et quidem naturali, &c.

Vtrum cõmunia distent à publicis q̃situm est, vt licet videre *h. in gloss. verb. publicus in §. littorum.* Sed distare dicimus cum Iustinia. & præcipuis quibusdam Interpretib. Videamus igitur nunc, quid distent, & quomodo definiantur, vbi item est diuersitas opinionũ. Sed potius probabimus res communes esse, quæ constitutione illa iure gentium communes manserunt omnium mortalium. *l. littora, D. ne quid in loc publ. &c.* Ratio verò huius constitutionis videtur esse, quod æquum & cõmodum visum sit, quasdam res in veteri illa libertate & vsu libero cõmuniq; relinquere, quò sic homines semper & vbiq; aliquid saltem liberum & cõmune possint inuenire ad subleuãdam cõmunem necessitatem. Adde, quod eæ res plerunq; tales sint, adeoq; late patẽtes, vt omninò & in solidũ ab vno occupari nõ modo non debeant, sed ne quidẽ possint. Nunc itaq; vtilitas harum rerum, vis & effectus est, quod nullius priuati sint, & vsum pbeãt cõmunem omnib. hominibus, quatenus v-

sus-

nusquisq; ꝙ in rem suam erit occupabit. Verum de acquisitione dominiorũ altera parte Tituli postea; nunc tantum breuiter indicare volui harum rerum naturã. Sed quænã sunt eæ res cõmunes? Ait, *communis est aer, aqua profluens, longius fluens, & perenne mare, & per hoc littus maris, d. l. 2. & 4. D. eod.* Vt item pertinent huc etiã pisces maris, feræ bestiæ in syluis, volucres in aere. *l. quod in littore 14. D. de acq dominio.* Deniq; & lapilli & gemmæ, & quæ similia in littore reperiri solent *l. 3. D. de rer. diuis.* Has igitur, vt diximus, res occupare, & his vti pro necessitate omnib. licet, nec potest sine iniuria ea libertas & cõmoditas cuique adimi, vide *l. 13. iniuriarum, §. si quis me, D. de iniuriis &c.*

Hinc ille Orat. apud Virgil. *lib. 1. Æneidos:*
Quod genus hoc hominum? quemve hũc tam barbara morem
Admittit patria? hospitio prohibemur arena.
Et rursus *lib. 7.*
——— *Littusq; rogamus*
Innocuum, & cunctis vndamq; auramq; patentem.
Et apud Ouidium 6. *Metamorph.*
Quid prohibetis aquas? vsus communis aquarum est,
Nec solũ propriũ natura nec aggera fecit, &c.

§. 3. Flumina autem, &c.

Nunc dicet de rebus publicis. Sunt autem eæ res, quæ publico iure populi sunt, id est, vt planius dicã, quæ primũ iure gẽtium, adeoq; etiam iure quodam belli, ipsorum vicinorũ populorum factæ sunt, siue ipsis vicinis populis adiudicatæ sunt, & ab iis occupatæ, veluti populo Romano, ad quos præcipuè pertinet appellatio publici, de quo vide *in l. quod in littore D. de acq. rer do. l. littora 3. D. ne quid in loc. publ. fiat.* vide etiam *l si captiuus 20 D. de capt & postl. reuers. item l. in bona ciuitatis 15. cum seq. D. de verb sig.* Et quod ad has res attinet, cum res communes vsu & proprietate sint communes, hæ vsu quidem quoq; communes esse solent, at ꝓprietas tamen earum vtendo non potest acquiri. Nam proprietas illa publica est, id est, populi, vt ita eæ res à singulis occupari & proprietate dominioq; acquiri non possint, vide *in l prætor ait 2. §. 1. D. ne quid in loc. publ & c item l. 1. fluminum 24. §. 1. D. de dam. inf* Et ita has res distinguit Dn. Cuiacius, & D. D. Wesemb. Porrò inter publicas numerat hic flumina, portus, ripas, & intelligit flumina publica non priuata. Sed quid, quod supra aquam profluẽtem numerauit inter communia? Diximus autem aquã profluentem flumen perenne esse, non aquam pluuialem. Nam ea nomine aeris cõtinetur, vt rectè Hottoman. Scribit Dn. Cuiacius, flumen & aquam profluenten intellectu discernenda esse, vt sit flumen publicum nomen, aqua commune. Hottoman. ait, aquam profluentem esse partem fluminis, id est, quæ non præstat integrũ etiam fluminis vsum, nauigandi, piscandi, lauandi, potandi. Sed quicquid sit, audimus tamen hic, in fluminibus ius nauigandi, & ius piscandi omnibus cõmune esse. Docet autem hic amplius, littus commune esse, sicut & mare, proprietatem eius nullius esse. Licere itaq; etiam pro parte occupari ædificando, vide *in l. quod in littore 14. D. de acq. rer. dom. l. in littore 4. D. ne quid, &c.* Ripam publicam esse & vsu cõmunem; proprietatem tamen eius adscribi Dominis vicinorum prædiorum, idq; pro parte dimensionis ipsius prædii, id est, frontis ꝑdii. *l. qui parum 5. D. de rer. diuis. l. ergo 3. §. 2. D. de acq dom.* Prodest autem vicinis Dominis & ipsa proprietas propter arbores, & si quid aliud ibi nascitur.

§. 4. Vniuersitatis sunt, &c.

Res vniuersitatis dicuntur esse, quæ sunt publicæ ciuitatum, non Romanorum, sed veluti Imperii, vide *l. vsucapionem 9. D. de vsucap.* & scribit Mynsing. doctus Interpres, eas res vniuersitatis esse vsu & proprietate. Porrò inter has res numerantur Theatra quoq;, vbi ludi & spectacula eduntur populo, & stadia, vbi decurritur, & alia, quæ sunt cõmunia ciuitatum, vide *in l. in tantum 6. §. vniuers. D. de rer. diuis. l. Ciuitatib. 122. § 1. D. de leg. 1.*

Et nunc

Et nunc, quod ad hæc omnia, quæ sunt suo modo communia, & rursus publica, audiamus textus harum rerũ vtilitatem communem sancientes. Primò *in l. 1. §. quod si quis. D. de operis noui nunciat.* dicitur: *Si quis in mari vel in littore ædificantem velit prohibere, nullo Iure prohibet.* In *l. iniuriarum 13. §. si quis me prohibeat,* docetur: *Si quis me prohibeat in mari piscari, iniuriarum actionem esse.* Et post hanc similis est: *qui in publico lauare, vel in cauea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conuersari non patiatur.* In *l. prætor ait. 2. §. si quis in mari. D. ne quid in loco public.* vbi dicitur: *Si quis in mari piscari aut nauigari prohibeatur, in campo publico ludere, vel in publico balneo lauare, vel in theatro spectare arceatur, iniuriarum actio est.* Illud etiam hic nota: quamdiu quis locum aliquem talem communem occupat, veluti in mari, vt ibi piscetur, &c. alterum prohibere potest, ipse expelli non potest. Iam enim occupauit pro suo cõmodo, & quodammodo dominus est. Sed vbi inde decesserit & locum reliquerit, fit is iterum communis, *d. l. quod in littore. d. l. 2. D. ne quid in loco publ. & l. in tantum. D. de rer. diuis. vide l. si quisquam 7. D. de diuers. præscript. l. fin. D. de vsucap.*

Postremò est tamen & hoc obseruandum, inter publica, item vniuersitatis res, quæ etiam public. sunt, esse etiam hoc discrimen, quod alia sint publica, quę in publico vsu habentur; alia, quæ sunt in pecunia populi, *l. sed census 6. §. 1. D. de contrah. empt.* Illa sunt, de quibus diximus, quæ proprietati populi sunt vsu cõmunia, vt & sunt ea, de quib. nunc dixit, de reb. vniuersitatis: Hæc verò publici iuris sunt, sed vsus non est publicus, verùm magis priuatus ipsius Reipubl & fisci. Nam ad commodum ærarii publici pertinent. Vide *in l. inter publ 17. & ibi gloss. D. de verb. signif.*

℣. Nullius autem, &c.] Nullius hoc in loco sunt, quæ sunt simpliciter nullius, neque omnium, neque populi, neque vniuersitatis, neque singulorum, sed sunt peculiariter Deo diuinisque vsibus adscripta. Et tales sunt imprimis res sacræ, perinde religiosæ & sanctæ, & de his in genere sic inquit: *Quod diuini iuris est, id nullius in bonis est.* Ita hic, & *in l. 1. D. de rerum diuis.*

§. 5. Sacræ res sunt, &c.

Principio de rebus sacris. *Res sacræ,* inquit, *sunt, quæ ritè per Pontifices, Deo consecratæ sunt.* Quod inquit, *per Pontifices,* id Accursius explicat per Episcopos & Papas. Olim per ipsos Imperatores etiam dedicabantur, quo respicitur *in Pandect. eod. tit. de rerum diuis. l. in tantum 6. §. Sacrum, & l. Sacra 9. Item l. vlt. D. vt in possess. legatorum, &c.* Sed fortassis respicit Iustinianus hoc in loco ad sua tempóra, quibus præerant Ecclesiæ huiusmodi Pontifices. *Ritè,* inquit, id est, publicè & solemniter, vt iam ante *allegatis ll.* & quidem per Pontifices fiebant eiusmodi consecrationes certo quodam ritu & ordinatione. Vide *in Decret. caput de condignatione. distinct. 1. Item in Decret. tit. de consecrat. Ecclesiæ vel altaris. Item tit. de immunit. Ecclesiarum. Deo,* inquit, *consecratæ sunt,* id est, diuinis vsibus & ad ministerium Ecclesiæ, quod constat publica prædicatione verbi, & administratione Sacramentorum, vbi etiam publicæ preces accedunt. Huc quoque Paulus Apostolus respicit, vbi monet, *vt omnia in Ecclesia fiant decenter & secundum ordinem.* Ideoque oportet huic ministerio homines idoneos præfici, & decet locum publicũ esse, & eam Ecclesiam rebus necessariis instructã, & Ecclesiæ ipsius etiam quoddam patrimonium esse. Habuit igitur semper Ecclesia suos redditus, veluti decimas; & multi homines boni & liberales testamento in Ecclesiam contulère. Ideoq; inquit, *quæ Deo consecratæ sunt,* & addit veluti ædes sacras & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicata sunt; quod exponit Accursius de thuribulis, crucibus & calicibus. Theophilus scribit etiam de Sacellis Martyrum Oratoriisq;, & aliis preciosis muneribus & donis. Ergo hæ

res

res diuinæ ſunt, & nullius in bonis, id eſt, nullius in patrimonio. Nemo igitur ius alienandi aut oppignorandi, multò etiam minus ſibi priuatim eiuſmodi res adſcribendi habet. Et ita hic ſcribit. Eſtq; id conſtitutum *in l. ſancimus 17. de ſacroſanct. Eccleſ.* Verùm & hic rurſus diſtinguendum ait inter magis & minus neceſſaria, & videndum id, quod dicitur: *Propter quod vnumquodque tale, illud multò magis eſt tale.* Propter verbi prædicationem & Sacramentorum adminiſtrationem ſunt iſta, quæ vocat donaria, & propter hominum ſalutem fiunt omnia. Ergo ſi ſaltem totius miniſterii cõſeruatio ſupereſſe poſſit, reliqua donaria in neceſſitate diſtrahi poſſunt, & commodè diſtrahentur. Et diuus Ambroſius dicebat inter cætera: *Melius eſt, vt vaſa viuentium ſeruentur, quàm metallorum. Aurum habet Eccleſia, non vt ſeruet, ſed vt eroget, & ſubueniat in neceſſitatibus.* vide elegans *cap. Aurum Eccleſia habet 32. quaſt. 2.* & Iuſtinianus quoque ſcribit, in ſua Conſtitut. *animas hominum quibuſcumque vaſis & veſtimentis præferri.* Diſertè igitur addita eſt etiam hic in textu exceptio, & plura adiicit ex aliis locis Scholaſticis: *Alienari & obligari*, inquit Iuſtinianus, has res prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captiuorum. Vide *in dict. l. ſancimus.* Iam eſt altera etiam exceptio ob ſummam inediam & famem, vt Accurſius *h. ex dict. cap. aurum Eccleſia habet.*

Tertia exceptio eſt ob æs alienum, & ob debitum Eccleſiæ, cui aliter occurri non poteſt. Vide *in Nouell. 120. cap. 6 item cap. 7.* vide etiam *in Nouell. 7. cap. 11.* Hæc autem magis ad ipſa donaria referenda ſunt, imò & ad Eccleſiæ patrimonia, fundos & reditus, quæ itidem diuini quodammodo iuris eſſe dicuntur, vt abalienari non poſſint, licet facilius iſta transferri poſſint ad requiſitam alienationem rerum ſacrarum; & tamen ferè non niſi in ſumma neceſſitate, & cum conſenſu Pontificis aut Epiſcopi, totius etiam, vt vocant, capituli. Vide de his *tit. de rebus Eccleſiæ alien. vel non. in Decretalib. Nouell. 131. de Eccleſiaſticis titulis, cap. 11. Nou. 120. de alienatione & emphyteuſi, cap. contractibus rerum ſacrarum Nou. 7. de non alienandis aut permutandis rebus Eccleſiaſt. Nou. 46. de Eccleſiaſticarum rerum alienat. Nouell. 55. item tit. C. de Sacroſanct. Eccleſiis.* Ioan. Fabrum hic, & Franciſc. Duarenum *in lib. de beneficiis Eccleſiaſt. lib. 7. c. 9.*

Sed illud admonendum eſt, fuiſſe id omni propè tempore nimis familiare, quod homines craſſiores & ſecuriores veriorem & puriorem Religionem, & pietatem propè omnem, quæ conſiſtit in puritate mentis colenda, & vero interiorique timore Dei, in ceremoniis extrinſecus adhibitis ad excitandum magis illum interiorem cultum, collocarent, & ſic itaque natam eſſe opinionem operis operati, & Idolum hoc, & cœpiſſe ita homines ex hac cauſa cumulare etiam Eccleſiam multiplicibus bonis, quæ & in vſus ineptos, alienos, ſuperſtitioſos, impios & idololatricos collocata ſunt, veluti ad Miſſas & ſacrificia pro defunctis, & millia ſimilia, quæ nota ſunt. Sicque factum, quod dicitur: *Religio peperit diuitias: Filia deuorauit matrem.* (nunc rurſus multi, dum quærunt filiam ſaltem, volunt videri quaſi ſint ſoliciti de reſtituenda matre) Dum igitur Dei beneficio cœperunt homines iterum aperire oculos, & conſtaret idololatriam eſſe fugiendam, & impios abuſus tollendos, quæſitũ eſt de collocandis rectius illis bonis. Et extat erudita & pia regula de iſtis bonis: *Semel Deo dicatũ non eſt ad vſus humanos vlterius transferendum, c. ſemel Deo. de reg. iur. in 6.* Ergo certè, cùm iſta iterum ii, qui putant ſibi ius occupandi & transferendi eſſe, occupant non in vſus ſuos proprios & profanos, ſed in vſus pios rurſus transferri debent. Vide hic Weſemb. Textus etiam eſt & caſus pulcher *in l. legatum 16. D. de vſu & vſufruct. leg.* Et ſæpè repetunt veteres Canones: *Bona Eccleſiæ ſunt bona pauperum, c. quia iuxta, cap. fin. 16. quaſt. 1.*

Porrò ius & effectus rerum sacrarum in eo est, de quo iam diximus, & non modo hoc sed etiam immunitatem habent, & immunitas quædã concessa est templis & locis sacris. *d.tit.Iuris Pontificii, & d.tit.immunitate Ecclesiarum. & tit.C. de his, qui ad Ecclesiam confugiunt.* Fures etiam earum rerum, quos sacrilegos vocant, grauius puniuntur, vt alibi audietis.

Porrò diximus, *ritè consecrata*, id est, publicè. Nam priuata auctoritate sacrum nõ posse fieri placuit. *Ita h. in verf.si quis autem, & in d l 6. & Nou 58.* vbi etiam prohibetur, ne in priuatis ædibus sacra mysteria cœnæ Dominicæ celebrentur, quod & de salutifero baptismate fuit constitutum, licet Leoni postea aliter placuit, vt videre licet *in Nouell. eius 4. & 15.*

℣. Locus autem in quo, &c. Adeò factum, vt ædes ipsæ sacræ, vsibus humanis exemptum est, & in commercio non est, vt etiam locus ipse, in quo ædes sacræ ædificatæ fuerunt, sacer maneat & diuini iuris, vide *in l. ædes 73 D. de contrah.empt.* secus si capiantur ab hostibus. *l cum loca 36. D. de relig & sumpt fun.*

§.6. Religiosum locum, &c.

Nunc de rebus religiosis, quæ sanè hodiè loca sunt tantum sepulchris siue sepulturis hominum destinata. Ergo etiam sepulchra & loca sepulturæ diuini iuris sunt, & vsibus humanis exempta. *d l.in tantum 6. §. religiosum D.de rer diuis.item D.tit.de relig.& sumpt. fun.* Irò etiam si quis sepulchrum alicuius violasset, quasi religiosi loci & religionis violatorem leges grauiter puniunt, nempè vltimo supplicio, deportatione, vel relegatione pro qualitate facti, *D.de sepul.violato.& ibi in l.fin.*

Hic addendum, sepulrorum etiam mortuorum magnam curam Romanas leges recepisse, nempè funus ducentem vel prosequentem in ius vocari non sinunt. *l. in ius vocari, cum l.sequenti. D. de in ius vocando.* Heredes etiam funus facere oportere docent, & dant actionem funerariam, si alienum quid in funus impensum sit. Itemque & sumptus funerum præcipuos semper esse volunt, vide *D.d.tit. de religiosis & sumptibus funerum, & ibi in l 1.l.etsi quis 14. & infr. lib.2. tit. de lege Falcidia.* Sed & hoc constitutum, ne corpora defunctorum ob æs alienum detineantur, aut vexentur, quæ sanè summa est inhumanitas, quasi quis sibi de corio defuncti satisfieri velit, vide *in l. prætor ait 3 §. non perpetua. D. de sepul. violato. Nouell.60.c.1.* Sed & hoc generaliter constitutum est, vt intra nouem dies à morte defuncti quiescant omnes creditores propter luctum. *Nouell. 115. cap.5.* Vide de his in Iure Saxon *lib.1.art.22.* vbi dantur triginta dies, &c.

℣. Sua voluntate, &c.] Nunc porrò, quoad textum, cognosces ex aliis vetus ius Sepulchrorum; quo videtur potissimùm respicere, cum inquit, *sua voluntate*, & debet vnusquisq; in suum locum sepelire mortuos suos. De loco autem sepulturæ hic agitur. Et quæritur de loco siue fundo proprio, alieno, cõmuni, illo etiam, in quo quis saltem proprietatem aut vsumfructum habet, quæ omnia desumpta sunt *ex tit. Pandect. de relig. & sumptib.fun.*

§.7. Sanctæ quoque, &c.

Tertium membrum est de rebus sanctis. Vbi vidẽdum, vnde dicatur Sanctum, & quid sit, quæ res annumerentur sanctis, & quis effectus sit? Sanctum propriè & reuera dicitur à sanciendo, ꝙ est firmare & munire, quasi dicas, sanctione quadam munitum, *l.sacra 9.D. eod.de rer diuis.* Itaq; Martianus dicebat: *sanctum est quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est. l.Sanctum 8.D. d.tit.* Quæ si igitur diuini iuris eæ res essent, attingere eas violareue nõ licet, vtcunq; Diis cõsecratę nõ sint. Et id vult fortè Caius *in l. 1. de rer. diuis.* item Iustinian. *hic in verb. quodammodo.* Et hæc de definitione tum nominis tum rei. Iam, quod ad eas res & ad effectum attinet,

impri-

imprimis inter sancta numerat Muros & Portas. Vnde intelligit ICtus murum transcendere, aut aliunde, quàm per portam, ingredi & egredi ciuitatem non licere; & pœnam capitis in eum constitutam ait, allegatque exemplũ fratrum in regno Romano Romuli & Remi. *d l.8. & l 9. item in l. si quis 11. D. eod. tit.* Accurs. notat, hodiè quo ad alias vrbes pœnam esse arbitrariam. Secundò sanctæ dicuntur etiam leges; & scribit ICtus *in d. l.9.* leges sanctione quadam subnixas esse, & interdum in sanctionibus adiici, vt, qui aliquid contra eas cõmiserit, capite puniatur. Neq; igitur etiam leges sine pœna, & pœnæ terrore corrumpi possunt. Notauit Budæus *ad l. 1. D. de iust. & iur.* ex Macrobio *lib 3. Sacr. c.3.* & est in ea re magnum illud crimen falsi, *vt in l. vlt. D. ad l Iul. de fals.* vt audiemus suo loco.

Tertiò Legatos quoque sanctos esse *ex d. l 8.* ostendi puto. Et si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium cõmisisse iudicatur, eumq; Quintus Mutius tradi hostibus debere respondit, vide *l. vlt. D. de legationib. item in l. nec Iulia 7. D. de vi pub.* Et olim etiam, vt magis sese ostenderent esse inuiolabiles, signum ferebant, de quo *in d. l 8.* & ibi Bud. Vnde etiam quidam dixerũt appellationem sancti, vt ibid. Plura nunc de sanctis in legib. nostris non inueniuntur. Quod ad muros & portas tamen attinet, vide etiã *in l desertorem 3. §. ante pen. D de re milit. & in l. in muris 2. D. ne quid in loco sacro fiat, &c.* Porrò verò fuit olim etiam dictum sanctum Ærarium, vt Budæus *supr. d. loco.* Sed & Magistratus sacrosancti fuerunt, vt ibidem Budæus ex Liuio *lib. 9.* & vide Nicolaum Gruchium *lib. de Comitiis 1.* Imò & Ecclesiæ dictæ sunt etiam sanctæ, auctore eodem Budæo. Aliud deinceps exemplum rerum sanctarum apud idoneos auctores non reperio, sed vide tamen eodem loco Budæum. Solent tamen & Carceres inter res sanctas referri; sed res ita se habet: Legimus in libris nostris, eum, qui carcerem effregerit, etiamsi sit innocens, ex eo crimine, propter quod inclusus est in carcerem, tamen puniendum, & quidem scribitur de pœna capitis, vide *in l.1. D. de effract. in l. in eos 13. D. de cust reorum. item in l si quis 28. §. miles. D. de pœnis. & l milites 192. §. eius. D. de re militari.* Atq; cum hic legamus, ideo muros sanctos dici, quia pœna constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint, colligere fortè hinc licet, carceres quoq; sanctos esse, & sic rem sanctam violare non licere. Quod si verum erit, disertè affirmare audebo, eum, qui carcerẽ effregerit, etiamsi innocens sit, puniendum. Vide Wesemb. *in tit. D. de effractorib. & expilatorib. 12.* Licere tamen ex hoc innocenti, si ita sese occasio obtulerit, ex carcere sine ruptione & violatione effugere siue exire, vt gaudeat naturali beneficio, hoc quidem gloss. *in l si turpiter 9. D. ex quib. caussis maiores rest.* & ex ea nonnulli Interpretes non concedunt; sed tamen nullo iusto, quod ego videre possem, fundamento. Et contrarium illam, quam probauimus sententiam, videtur summus ille Practicus rerum criminalium Ægidius Bossius, quem vide, sequi.

§.8. Singulorum autem, &c.

Sequitur postremum membrum earum rerum, quæ dicuntur esse singulorum, id est, quæ singulorũ esse & fieri ꝓpria, tua & mea, possunt. quæ, vt dicebat Caius, ex caussis acquiruntur, vt iam sequitur.

℣. Quarundam enim, &c.] Sequitur nunc altera pars principalior huius Tituli de acquirendo rerum dominio, hoc est, quomodo eæ res, quæ singulorum esse & fieri possunt, legitimè & iustè acquirantur, vt earum rerum verè dicamur domini, aut sanè quasi domini, vt rem possidentes exceptionem, aut amittentes actionem in rem habeamus, iuxta *l. quem in bonis 52. D. eod tit. de acquirend rer. dom.* Porrò quando de dominio eoque acquirendo deinceps dicturi sumus, videndum est nunc in initio

de huius summi capitis methodo, quid sit dominium? quæ eius species soleant constitui? quæ partes? quæ affinia siue cognata? qui effectus? &c. Et post hoc de isto loco, nempè, quę dicantur eius esse causæ, vel quot & quibus modis acquiri dicatur? *Dominium*, vsitatè sic definiunt, *est ius de re corporali perfectè disponendi, si eius copiam habeas: sin minus, vendicandi, nisi vel lege vel conuentione prohibearis.* Quæ definitio sumpta est ab effectu, qui consistit in disponendo vel in vendicando, quæ est actio in rem. Cur autem addatur illa exceptio, *nisi vel lege vel conuentione prohibearis*, suo loco audiemus *infr. eod. lib. tit. 8.* Additum verò est, *de re corporali*, quod eæ tamen res, quæ videri & tangi possunt, propriè tradantur & comprehendantur, & sic possideantur, & in dominio sint, quamquā omnia hæc etiam de rebus incorporalib. suo modo dicantur. Doctus Interpres dicit sic rectius & simplicius definiri: *Dominium est proprietas rei*, Ad q; citatur *l. 13. D. eod. de acquir. dominio.*

Porrò quoad diuisionem ratione actionis potissimum, in quo dixi esse effectū rei, dominium diuidere solent in directum & vtile. Et illud dicunt esse, quod habet ipse dominus loci, domin⁹ agri vel fund⁹; hoc quod habet is, qui omnino etiam est dominus loci, puta Vasallus, cliens, siue beneficiarius, emphyteuta in bonis feudalibus, vt vocant, & emphyteuticariis. Vbi hoc discrimen bonorum non est, id est, quæ nō sunt ita feudaria, ea integro plenoq; iure dicuntur possideri & nostra esse, vocanturq; allodialia, quasi sine laudo siue feudo.

Iam rursus partes etiam dominii faciunt veluti proprietatem & vsumfructum, *vt infr. de vsufr.* & iterum, vbi vtrumq; in eodem dominio concurrit, plenum etiam vocant dominium, siue plenum ius dominii, ad quod adduci potest *§. fin. infr. tit. de vsufr.* Deinceps affinia siue cognata, quæ proximè accedunt ad eā rem, constituunt, vt primo quasi dominium, vt sit quasi proximum ad dominium, cum quis saltem bona fide rem emat, aut possideat, tum annumerant etiam hic ius in re, quasi habeat possessionem in pignore, ex quibus sunt actiones in rem. De quibus suo loco. Hic sanè non extra rem nunc quæritur, quomodo se habeat possessio ad dominium? ICtus dicit, ex naturali possessione rerum dominium primū cœpisse, & alibi modi acquirendi dominium vocantur etiam causæ possessionis, & tituli possessionis, *l. possidere 3. §. genera. D. de acq. poss. l. nec vllam 13 D. de petit. hered.* vide Theoph. *in § sequens. infr. de interdictis.* Est igitur & possessio causa quædam dominii, & facilius acquiritur possessio quā dominium, & fortè facilius etiam amittitur. Sed de possessione alio loco. Et de his hactenus.

Tandem videamus de causis dominiorum, siue de modis istis acquirendi dominii, de qua re præsens est §. qui docet imprimis dominium acqri in genere dupliciter, naturaliter siue iure communi gentium, & iure proprio Ciuitatis siue Iure Ciuili. Rursus autem naturalis & communis acquisitionis plures sunt modi, de quib. agit priori loco, & hoc quidem tit. Et solēt atq; possunt hosce modos alii aliter distinguere & numerare; in quibus fruitur quisq; potest suo sensu. Cum autem hoc ago, vt non diuellam coniuncta, nec coniungam, quæ sunt separata: puto in summa horū modorum descriptiones ad titulos posse decem reuocari. Primus est occupatio. 2. Captiuitas. 3. Fœtura animalium. 4. Alluuio. 5. Vicinitas, siue acquisitio propter vicinitatem. 6. Specificatio. 7. Cessio siue ius accessionis. 8. Commixtio. 9. Possessio bonæ fidei. 10. Traditio. Quæ omnia, qualia sint, deinceps explicabuntur; & declarabuntur singularum partium descriptiones, regulæ, æquitas, distinctiones & varii casus.

§. 9. Feræ igitur, &c.

Principio occurrit Occupatio. Ea antiquissima est, &, vt apparebit, admodum latè patet, & varia est, & imprimis tam rerum immobilium, quàm mobilium, de qua Paulus

Paules Iurisconsultus *in l. 1. D. de acquir. poss.* Cic. etiã *lib. 1. Offic.* Et quid sit hic occupare & occupatio, id ex d. loco Pauli facilè est intelligere, dum sic scribit: *Dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, Nerua filius ait, eiusq; rei vestigium remanere de his, quæ terra, mari, cœloq; capiuntur. Nam hæc protinus eorum fiunt, qui primi possessionem apprehenderint.* Porrò præcipua occupatio in rebus omnibus est, quæ nullius adhuc factæ sunt, & alicuius esse possunt, de quibus supra dictũ est, vbi iam antè & declaratum est, quomodo occupemur loca communia, puta in littore, in mari, &c. Nã ostendimus, eas res sine incõmodo publicæ vtilitatis & necessitatis occupari per partes cuique necessarias, & sic occupata tamdiu esse & manere occupantis, dum ea tenet. Hic nunc potissimùm agit de rebus mobilibus, veluti animalibus feris, quæ omnimodò fiunt occupantium, & regulam ponit: *Quod ante nullius est, id naturali ratione conceditur occupanti.* Subsumptio est: Feræ bestiæ, & volucres & pisces nullius sunt. Ergò fiunt occupantis; hoc est, ex his vnicuique in vsum suum licet apprehendere id, quod fit venando, piscando, aucupando, vt hic in textu. Addit autẽ, *naturali ratione*, quasi dicat, iustè & legitimè. Siquidem & ratio acquisitionis est, quod hæ res à Deo nostro auctore ita comparatæ sunt, & quotidiè augentur & conseruantur ad communem vsum hominum, nedum sunt alicuius factæ apprehensione vel possessione; cum nec in vniuersum à quoquam apprehendi vel occupari possint, si quis maximè id vellet. Est igitur dictum de his animalibus cunctis: *crescite & multiplicamini*, & ad hominem: *Dominamini piscibus maris, volatilibus cœli, & vniuersis animalibus, sint vobis in escam, &c.* Inde & Iurisconsulti iniuriam fieri dicunt, & iniuriarum actionem locum habere, si quis ab huiusmodi libertate occupandi prohibeatur. *l. iniuriarum 13. D. de iniur. & simil.* Ergò, quod inquit hîc, *naturali ratione*, innuit, hæc licitè & impunè sine vitio furti communia fieri. Et definitur *furtum contrectatio rei alienæ inuito domino*, sed hæ res alienæ non sunt. Cæterùm præsens hæc regula ex iure naturæ, quo docetur, ex feris bestiis, volucribus & piscibus cuilibet impunè licere occupare, & ita suum facere; quasi à natura & Deo sibi donatum; hæc inquam, regula rudior & infirmior, vt sic dicam, adhuc esse videtur, vt, quo ad vsum Ciuilem, in specie diligentius accommodanda, & per quasdam diligentiores distinctiones videnda sit. Et imprimis, cum inquit. *feræ bestiæ, volucres cœli, pisces maris, &c.* saltem loquitur de eiusmodi animalibus, quæ nondũ facta quoquo modo priuata occupantur in locis vel syluis communib. vel propriis fundis, &c. & non loquitur de iis, quæ iam in viuariis, piscinis, &c. à quoquã comprehensa tenentur. Occupata enim sunt, & facta iam priuata huius vel istius. De quo vide *l. possidenti 3. vbi præsertim in §. item feras & quæ ibi notantur. D. de acquir. poss.* Amplius & hoc docetur, in aliis quibuscunq; locis priuatis, non tuis, ne eam quidem bestiam vel volucrem, quæ communis est & manet, inuito domino sine iniuria licere & posse occupari. Nam etsi volucris in meum agrum, vel in meum hortum veniens, & ibi in mea arbore residens, ob id non sit mea, sed maneat communis, vt occupari possit; tamen me inuito & me prohibente, in meum agrum vel hortum ingredi, & ibi venari aut capere non poteris, & si id facias, iniuriarum mihi teneberis, *ita hic in §. siue, in vers. nec interest. & vers. sequenti, planè, item in l. quod enim 3. D. de acquir. dominio, & in d. l. iniuriarum 13.* Vide etiam *l. diuus Pius 16. D. de seruit. rust. præd.* & Angel. hic atque Fabrum. Et sic itaque facilè vides, quousque ius naturæ & gentium, additis certis quoque iuris Ciuilis limitibus, circa hanc occupationem, venationem & ius venandi progrediatur, & quatenus id ius liberè cõcedat. Illud tamen etiam videtur addendum oportere, debere vnumquemque pro sua tantum necessi-

tate occupare; ad quod vide *in c. sicut distin. 47.* Et hic etiam obserua illud, quod ipsorum Principum & superiorum iam fint ferè nemora & syluæ, in quibus oberrant feræ bestiæ. Ex quo videtur vehementer restringi hæc occupationis regula & potestas.

Porrò adhuc ampliùs etiam de his quæritur, vel propter ipsorum temporum mutationem & difficultatem, vel etiam propter potentiorum præduras vsurpationes, in quibus diligenter videndum est, vt id dicamus, quod res est, ne vel Principibus & potentioribus adulari, vel imperitorum impotentiæ nimium tribuere, & communis multitudinis tribunitios clamores armare videamur. Imprimis igitur notatur id, quod legimus, Fredericum I. Imperatorem, cum pacis causa constitutionem edidisset in Germania, inter cætera sic scribere: *Nemo retia sua, aut laqueos, aut alia quælibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad vrsos, apros vel lupos capiendos.* Ita *in vsib. feud. tit. de pace tenenda & eius violat. §. nemo retia.* Is igitur primus videtur prohibuisse communes acquisitiones per venationem, & id ius fortè ad Principes & nobiliores saltem transtulisse, quod sanè videbatur plausibile & imitabile. Sed quicquid harum rerum sit, hoc disputatur, an licuerit ita hoc ius & naturæ libertatem tollere & mutare? Dici potest, fortè certas ob causas eum tunc saltem prohibuisse, certoque tempore, ob commodum Reipubl. vt esset edictum, vt vocant, temporarium, vmb gemeinen Landfrieden. Dici etiam potest, (& fortè id probabilius est) loqui ibi Imperatorem de communibus & publicis venationibus, quæ fiũt per retia, quasi id ius ad Principes & nobiliores loci solùm voluerit transferre, cum nec per otium id aliis ciuibus aut agricolis æquè licere possit aut debeat. Et meritò etiam Principibus in grauibus illis oneribus gubernationum conceditur aliquid ampliùs, & iam ante dixi, licere ius illud naturæ simplicius & veluti rudius determinare ad circumstantias & ad vsum ciuilem. Nec enim per hoc tollitur in vniuersum hæc libertas in rebus communibus, cum non sit prohibitum & ademptum id ius, vt liceat bestiam per occasionem vel in communi publicoue vel in suo ad suam vtilitatem occupare & capere. Sed tamen videmus vlterius etiam progressos viros Principes & nobiliores. Nam omninò hoc ius occupationis sibi quidam arrogant, subditis prorsus interdicunt, ita vt, si contra faciant & bestiolam fortè vnam in suum vsum cœperint, plectantur grauiter, quasi ex furto rei, quam Principes fecerunt priuatam, sibique voluerunt esse priuatam. Sed hîc sanè alio iis præsidio opus esse putauero quàm Iurisconsultorum, vel sanè etiam, quomodo id alii defendant, videant illi. Scio allegari præscriptionem, quasi legitima præscriptione fieri possit, vt solus alicubi ius venandi habeas. Hoc vt concedam (quanquam lex, quæ ad eam rem communiter adducitur, id non probat) quid tamen id ad eam rem? An ideò colligent fieri posse, vt ea omnia, quæ natura & iure naturali dicũtur esse communia, vnus aliquis, cæteris etiam omnibus inuitis & reluctantibus, sibi soli quocunque loco iustè & legitimè adscribat, & ita in vniuersum naturæ istam libertatem, naturæ hoc beneficium, concedens miseris & indigentibus liberum vsum harum bestiarum, pro sua necessitate, tollat & auferat? Equidem Didacus Couarruuias occupatus est in recensendis opinionibus eorum, qui dicunt simpliciter, venationem per Principes prohiberi non posse, & tandem ex Iasone concludit, hanc esse communem sententiam. Alii scribunt in communibus opinionibus, licere etiam in alieno venari, alii aliud proponunt pro communi opinione. Sed quid illis immoror, in quib. nihil est solidi? Ad illã præscriptionem redeo, & rogo eos, quid cogitent & quid scribant, & quorsum hæc omnia tendant: Dicant, si velint, vsurpatione defende-

defendere id Principes. Aliud est vsurpario, aliud præscriptio, ni fallor. Sed quicquid sit, dicam hoc: dat mundus hic vniuersus, & quisque suo loco pœnas etiam tacitas auaritiæ.

Quod tamen ad ipsos subditos attinet pro tuenda & defendenda obedientia, Principibus & Magistratibus iure debita, cum sic obiiciunt, vt olim seditiosi Rustici: *Iura naturalia sunt immutabilia. Ergò non possunt sibi à Principibus hæc interdici.* Facilè est iis respondere, nimirum, vt sæpè dixi, non esse id tale ius naturale, ex quo non seruantes Principum & superiorum mandatum iniuriam faciant aut peccent, sed potius patiantur, quod non est prohibitum; cum Deus voluerit eos subditos esse; & cogitent potius, quibus rationibus & quibus rebus talia promereantur. Non dicam de multiplicibus peccatis, saltem dicam accidere etiam hic, iuxta id quod dicitur: *In quo quis peccat, in eo etiam puniutur.* Quod si fraudant, decipiunt, expilant ingrati, iniusti, auari, non dant debita, ergò hoc modo puniuntur, vt amittant, quæ sibi putant perpetua; & fit iuxta id, quod semper dici solet: *Qui non dat, siue non vult dare debitum, sæpè cogitur etiam dare indebitum.* Ecce tu accusas Principem tuum, quod sit durus exactor, quod sit auarus, & tu tamē longè es auarior, cùm eius rei minus habeas prætextum iustum. Audi quid peruersis & rebellibus subditis dicat Samuel 1. lib. cap. 8. *Hoc est ius Regis, tollet agros vestros, & vineas vestras, & oliueta vestra.*

Illud tamen etiam sciant Principes, cum prohibent bestiam, quæ damnum in priuato alicuius agro dat de pascendo, abigere, & si contra fiat, atrociter puniunt, nimiam esse hanc immanitatem, & manifestè id fieri contra omnia iura; de quo vide ex argumento *in l. hæc actio 2. §. vltim. D. si quadrupes pauper. fec. l item Mela 11. §. item Pomponio. D. ad leg. Aquil l qui enim 40. cum duab. sequent. D. de adilitio edicto.* nisi tamen hic rursus placeat istis obtendere præscriptionem. Tu vide hic tristem historiam tristeque exemplum punitæ huius generis immanitatis apud Paulum Iouium de Barnaba Vicecomite Mediolanensi, *lib. 2. & 9 de Viris bellica virtute illustribus.* Sanè verum est, Principes æquè astringi ad leges naturæ: *Non occides; Non furaberis.* Nec placet hic illud Parasitorum: *Omnia sunt Principum.* Sed quando igitur Principes eiusmodi bestias feras fecerunt priuatas, & totum hoc ad se transtulerunt, & puniri volunt occupantes, videndum est tamen de pœna; & dicendum ex loco & capite de furtis, aspiciendam esse qualitatem facti. Neque enim ob leue aliquod & minimè atrox furtum morte quis mulctandus est, & furta famelica sunt etiam impunita, cum, vt supra dixi, in summa & extrema necessitate res debent iterum fieri communes, & sanè maximè vel eæ res, quæ ante communes esse solent, de quibus nunc agimus. Vide etiam in Constitut. pœnali Caroli V. *cap. 169.*

℣. Quicquid autem, &c.] Dixit de animalibus feris, quando Iure gentium occupata fiant nostra; nunc ostendit, quàm diu ita occupata nostra maneant, nempè tam diu, quàm diu nostra custodia coercentur; quam si euaserint, in pristinam libertatem redeunt, & iterum, si quis occupabit, eius erunt. De quo *in l quo enim 34. D. eod. tit.* Ergò regula sic est: *Feræ bestiæ, volucres, &c. quæ nullius sunt, occupantium fiunt, tam diu quàm diu ipse tenet.*

§.10. Illud quæsitum est, &c.

Casus est venatorius *ex l naturalem 5. §. 2. D. eod.* vbi aliud visum est Trebatio amico Ciceronis, aliud aliis, quorum sententiam Iustinianus hic probat. Notat tamen Accursius *in d. l. 5.* hodie ex consuetudine obseruari sententiam Trebatii.

§.11. Apium

§. 11. Apium quoque,&c.

Hactenus regulam & definitionem certam didicimus, de animalibus feris omnibus, iam paulatim præparat se ad doctrinam de aliis etiam animalibus, siquidem teste Plinio, Varrone, Columella, animalia ita fera sunt, vt semper fera maneant, alia ab hominibus capta & occupata cicurari & mansuefieri possint, vt ire & redire soleant. Alia denique domestica sunt, quæ sunt mansuetæ naturæ, & cum hominibus habitant. Et iam quæritur de apibus, quæ efficiunt fauos & mellificant, an omninò pertineant ad regulam superiorem? Et idem postea quæritur de columbis, pauonibus & similibus *ex d.l.5 D.eod.* Scribit autem de his, quòd sint feræ naturæ; ex quo consequitur, quod fiant occupantium, vt supra. Attamen econtra *in l.si pauonum 37. D.de furtis*, fit mentio pauonum mansuetorum; & docetur fieri in his furtum, quod & *in l. Pomponius 8. §. idem Pomponius. D famil ercisc.* scribitur. Dicemus igitur cum prædictis auctoribus, mediæ potius esse naturæ hæc animalia: Alias quidem apes feras manere; alias esse vernaculas, hoc est, cicures. Atque de his quidem tradit regulam & definitionem hanc: *Ea animalia nostra iam facta, etsi custodiam nostram & conspectum nostrum effugerint, nostra tamen manere, saltem si animum redeundi retinent, siue quamdiu animum & consuetudinem hanc eundi & redeundi, volandi & reuolandi, habent, retinent &c. Hanc cum deseruerint, tunc incipere pertinere ad occupantem, quasi videantur nunc spernere nostrum dominium & recipere se in pristinam libertatem.* Sed quæritur, quando videbuntur hanc consuetudinem deseruisse? Dicunt interpretes, si duabus ad minimum vicibus domum, vt solebant, non redeant, aut si viso domino vel familiaribus ad eosdem non reuertantur. Vide Theophilum & Ioann. de Platea. Illud tamen etiam notandum, spontè desertam esse debere hanc consuetudinem, non insidiis, aut inescationibus: nam hoc ad furtum pertinet. vide *d. l. Pomponius.* & Theophilum & Cantiunculam *hic.* Quod aduersus eos notandum est, qui aliorum columbas insidiis intercipere atque auertere student, aduersus quos furti etiam actio competit. De ceruo etiam mansueto extat pulchrum exemplum illius ceruæ Sertorianæ apud Agellium.

§. 13. Gallinarum autem,&c.

Quia dixit de feris bestiis, quæ sunt communes, item de animalibus, quæ iam occupata sunt, & licet feræ sint naturæ, tamen ita cicurata sunt, vt ire & redire, euolare & reuolare, nempè ad pastũ soleant: addit nunc etiam de domesticis & mansuetis, ne quis & hæc occupari posse putet. *Hæc,* inquit, *animalia nostra sunt & manent, vbicunque sint, quocunque euolauerint, quantocunque tempore absint, & qui ea retinet furtum committit.* Et nota hic ex hoc textu, quod gallinæ etiã & anseris & similium furtum fieri docet. Et aliud sanè furtum est famelicum, aliud furtum esculentorum extra eam necessitatem. Accursius hîc mouet quæstionem, vtrum rei modicæ fiat furtum, & detur actio furti? Sanè pulchrè dicit Iulianus *in Nou: Quamuis res, de qua agitur, minima videatur, tamen iustitiæ ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis debet æstimari.* Item: *Animus furem facit, non quantitas.* Attamen æquum est, in publicis vindicationibus quantitatis haberi rationem, ne rei modicæ furtum ita atrociter puniatur. *l. respiciendum 11. D. de pœnis.*

§. 14. Item ea quæ,&c.

Alius est tit. acquisitionis, non minus celebris quàm liber. Hunc docendi causa appellauimus Captiuitatem siue spolia hostium. Cicero nominat Victoriam. De hoc autem sic scribit: *Item ea, quæ ex hostibus capimus, Iure gentium statim nostra fiunt*, quod intelliges ita: cuiusque priuati & gregarii militis. Id quod facilè ostendit *l. naturalis 5. in fine. D. de acquir. dom. & l. 1. D. de acquir. poss.*

Et hoc

Et hoc quidem rursus intelligatur de mobilibus. De iis enim agimus. Quatenus iure belli sontes siue nocentes punire licet & adimere iis possessiones quascunque, id omne ad istum locum non pertinet. Et ex hoc immobilia, puta vrbes & territoria, ipsi domino belli, & vt loquuntur, Diadematis domino adscribuntur & publicantur. De quo vide *in l. si captiuus 20. D. de capt. & postl. reuers.* eoque iure magis vtimur. Quod diximus de iure belli, scias, illa quidem, de quibus dixi, in hostes licere & permissa esse iure diuino & humano, nempè nocentes è medio tollere, & bona, quæ ad contumaciam istam occasionem dederunt, illis adimere. Cæteroquin leges aliæ diuinæ & naturæ inter hostes non cessant, vt nullo iure belli excusare possint profani milites sua stupra, & nescio quæ alia. Ita tamen accidere scimus, vt bellum sit serua malorum & nequitiarum. Sed nunc ad regulam & acquisitionem nostram, in qua diligentius videndum est, vbi, quando & quatenus locum habeat? *Ea*, inquit, *quæ ex hostib. capimus.* Ea diximus nempè mobilia, quæ occupantur siue capiuntur in prælio. *Ab hostib.* inquit. Hostes dicimus nō priuatos hostes siue inimicos, sed publicos, quibus iure & legitimè bellum indictum est. De quo *in l. hostes 24. D. de capt. & postl. reuers. Iure gentium*, inquit, *nostra fiunt*, Id ius naturale etiā vocat, vt supra. Ergò naturalis, iusta & æqua acquisitio est. Hoc enim et quæritur. Sanè sunt, qui dicunt, non posse hæc, de quibus dicitur, iustè & bona conscientia acquiri & teneri; imò disputant, non licere etiam homines Christianos & pios bellum gerere & militare. Dicam breuiter. Concedo ea omnia, si de illegitimo & iniusto bello agatur, ex quo siue propter q̄ dixerat ille: *Bellum nihil aliud est, quàm commune multorum homicidium & latrocinium*: quamuis tamen aliquatenus etiam distinguendum erit inter ipsos dominos gerentes bellum, & gregarios milites seruientes. De quo videbimus postea. Quæritur ergò de iusto bello. Et quidem ad iustum bellum, siue, vt loquuntur, ad iustificandum bellum, causæ spectandæ sunt, quis, quaque auctoritate bellum gerat, qua forma & modo gerat, & potissimùm quis finis sit, & qua causa susceptū? Et principio definiunt nostri: *Hostes esse eos, quibus bellum publicè populus Romanus decreuit, vel ipsi populo Romano.* Cæteri latrunculi vel prædones appellantur, (quibus sanè non licet militare) *d. l. hostes. D. de captiuis, &c.* Ex hoc igitur colligunt nostri, ad bellum iustum hoc etiam pertinere, vt ab eo, aut sanè non sine eius auctoritate indicatur, qui superiorem aliquam habet in eo regno & principatu iurisdictionem; quasi iniuria & iniquitas sit, cum possis, non ante legitima actione experiri, aut inscio & inuito superiori bellum indicere. Et sic improbantur etiam ex eo Ciuiles illæ dissensiones, sine publica auctoritate superiorum & Imperii, de quo *in l. si quis 21. §. in Ciuilib. dissensionib. D. d. tit. item in c. culpatur 23. quæst. 1.* vbi Augustinus inter cætera scribit: *Suscipiendi belli auctoritas atque consilium penes Principes sit.* Huc adducunt quidam *tit. Cod. lib 11.* vt armorum vsus inscio Principe interdictus sit; imò huiuscemodi arma mouentes tenentur etiam lege Iulia maiestatis, & lege Iulia de vi. Vide *D. ad leg. Iuliam Maiestat. item D. de vi.* Sanè tamen, aduersus violentiam & vim licet se statim defendere, quo pertinet *l. idem est 3. §. eum igitur. D. de vi & vi armata*, vbi inquit Iurisconsultus: *Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere.* Sed hoc confestim, non ex interuallo, dummodo sciamus, non solum resistere permissum, nè deiiciatur, sed & si deiectus quis fuerit, eundem deiici non ex interuallo, sed ex continenti posse. Porrò in constitutionibus publicis Imperii etiam hoc additur, vt liceat iniquè deiecto de possessione aduersus violentum istum possessorem defensione sua ad rem recuperandam vti, non modò in continenti, sed & si fortè qualibet difficul-

tate tunc impediatur, quandocunque commodè poterit, scilicet q possit nunc amicos suos, cognatos & auxiliatores sibi coniungere. Iam ampliùs ad legitimum bellum hoc etiam pertinere putatur, vt ante, quàm susciperetur, denunciaretur, nempè ne viderentur esse insidiosæ inuasiones, & vt offerretur prius facultas emendandæ iniuriæ. Atque vsa est ad eam rem sapiens vetustas legatos, quos Fœciales siue Caduceatores vocant, quos & violare non licebat, & ii vtebantur in hac re certis quibusdam & solemnib. verbis, de quo licet videre apud Liuium *lib.1. Decad.1. & lib.1. Deca.3.* Agell. *lib. 16.c.4.* Xenophontem *in Padia Cyri lib.5. cum similib.* Ciceronem *in Offic. lib.* 1. Videre etiā Sleidanum nostrum lib.17. Porrò imprimis hoc requiritur, vt non sine iusta aliqua causa suspiciatur bellum, non priuata aliqua cupiditate & vindicta. Debent autem causæ etiam esse graues, magnæ, perspicuæ, vide de his sanctæ memoriæ Philipp. Melanchthonem *in Ethicis & alibi*. In summa sit bellum necessarium. Vtinam homines intelligerent, quantum malorum secum trahat bellum! Vtinam scirent nullum bellum esse suscipiendum, nisi summa vrgeat necessitas! Vtinam, (vt hoc etiam addam, quod intermittere equidem non possum) hæc intelligerent nonnulli imperiti Theologi, ne nescio quibus sæpè de causis longè periculosissimas rixas & bellum in Ecclesia mouerent! Faciunt illi, quod Cicero dicebat de Iurisconsultis, magna professi in minimis iisque leuissimis rebus plerunque versantur. Sed ad rem præclarè scribit Liuius *lib. 9. Decad. 1.* id demum iustum bellum esse, quod est necessarium. Ideo etiam veteres adhibebant eos, de quibus iam dixi, Fœciales, qui claricatum mittebant, & multa alia adhibebant, vt ostenderent, se non nisi necessitate venire ad bellum. Et pertinet huc illud Terentii: *Omnia prius experiri, quàm armis, sapientem decet.* Necessitas verò eas causas habet, veluti est defensio libertatis, patriæ, legum, veræ in Deum religionis, de quibus idem Liuius *Decad.1 lib.1. & lib.5.* Iustin. *in Nouell. 78.* & testantur de his etiam libri Machabeorum. Vnde nata sunt ista: *pro aris focisque*; *pro lege & pro grege.* & hoc Atheniensium: *Pugnabo pro sacris & solus & vnà cum aliis.* Sed & iustum bellum esse, quod suscipitur defendendorum sociorum causa aduersus Tyranni iniuriam, ostendit *quæst. 3. causa 23.* & vide de hoc iudicium Philippi Melanchthonis *in vita Constantini Magni.* Denique iustum est bellum, quod defensionis causa suscipitur. Porrò defensionem paulo latius hic accipiendam scias, nempè, defendit Magistratus ius & auctoritatem suam aduersus subditos rebelles; defendit se Magistratus, qui Tyranno sibi suisque iniuriam inferenti resistit; denique, qui cum aliter non possit sibi suisque illatū damnum repetere; ita iustè vindicando repetit. Et hinc nostri solent notare & facere triplex bellū, *Defensiuum, vindicatiuū & punitiuum.*

Ergo in summa, si scire aues, id est iustum bellum, quod est maximè necessarium, id est, q sit defensionis causa. Id verò sit iustæ defensionis causa, quod sit defendendæ libertatis causa, patriæ, religionis, &c. vt iam audiuimus. Quod ad religionem attinet, puto operæ pretium me facturum, si ampliùs de hoc admonuero. Defendendæ veræ religionis causa, quam Dei beneficio in nostris ditionibus obtinemus, bellum gerere licet, propagandæ etiam causa inter subditos & Imperio nostro subiectos, vt & inter hos blasphemos, hæreticos & Apostatas coërcere & punire licet. Religionem verò vi, armis & coactione apud extraneos & eos, qui foris sunt, qui tuæ iurisdictionis nō sunt, propagare non licet. Vide *in l. Christianis 6. Cod. de paganis. item in c. qui sincera. & c. de Iudæis. distinct. 45. c. dispar. 23. quæst. 8. c. sicut Iudæi. ex. de iud.* Quod ad extraneos attinet, verè dicitur: *persuaderi vult fides, non cogi, etsi non statim persuadetur illi, qui audit,*

Notum

Notum est & illud: quis credit auditui nostro? Nec obstat illud: *Compelle intrare*; cum non loquatur de tali compulsione, aut, vtcunque etiam de tali compulsione accipiatur, quo modo alibi accipit D. Augustinus, de externis saltem inter subditos intelligitur. Atque hactenus de causa suscipiẽdi bellum. Quo ad formam & modum ritè gerendi suscepti belli dixi illud supra, cogitandum inter hostes leges diuinas & naturæ nõ cessare. Regula Cyri est apud Xenophontem lib. 5. *Ita gerendum esse bellum, vt quàm minimum sit belli*, & Cicero in Offic. monet, *ita agendum vt bellum non alia ex causa susceptum videatur, quàm vt pax acquisita videatur, & vt sine iniuria in pace viuatur.* De his vide D Phil. Melanchthonem *in Offic.* itẽ Liuium *lib. 1. Decad. 4.* vide etiam textũ *Deut. 20.* vbi de iure belli. Item admonitionem Ioannis Baptistæ Lucæ *cap. 3.* Ex quibus etiam locis, vt & ex *cap. ad Rom. 13.* satis refutantur, qui putant bellum gerere, item militare piis & Christianis non licere, cum distinguant inter iustum & iniustum bellum. Nam, vt iam declarauimus, ita iustè geritur bellum, & iustè in eo bello militare, suam operam & ministerium locare, & quod inde acquiritur, iustè tenere & possidere licet. Sed dices: Nihil tamen Ioannes dicit de præda apud Lucam, tantum loquitur de stipendio. Facilis est responsio: Præda, de qua agimus, pars est stipendii, quam, vt audis, leges gentium adscribunt capientibus, de quo *in d. l. 5. § fi. D eod. l. 1. D. de acq. poss. l. si quid in bello 28. D. de capt. & postl. reuers. c. Ius gẽtium & ibi gl. v. ius militare. distin. 1.* Cicero *1. Offic.* Aristot. *1. Polit c. 4.* Liuius *lib. 1. Decad 1. & lib. 9. Decad. 1.* Xenophon *de Pædia Cyri lib. 3. & 4.* Sed, quid igitur, si bellum sit manifestè iniustum à Tyranno ad opprimendos alios, ad augendam suam potentiam, ad supprimendam Euangelicæ doctrinæ lucem, quam mundus ferre non potest, susceptum? Hoc bellum, etsi ritè denunciatum erit, ritè & legitimè administretur, & geratur, tamen quoniã diximus, causam præcipuè spectandã, ex qua suscipiatur, ne spoliemus, ne trucidemus innocentes, iustum esse non potest. Et cogitemus, quàm sit horribile ad malam causam, ad oppugnationẽ veritatis, & præsertim ad oppugnandũ Christum auxilium & obsequium præstare. Ergò nec verum est, nec tutum dicere, hos eiuscemodi prædam in bello acquisitam iustè & bona conscientia possidere. Quid igitur? Tenentur ad restitutionẽ, iuxta dictum: *Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum.* Ita disertè hic scribit Io. Faber, ita Didacus ille, cuius iam aliquoties memini, qui etiam occupatus in recensendis opinionibus dicit, hanc esse communem opinion. & Augustinus *in c. militare 23. q. 1.* Proponit etiam hãc rẽ Dn. Phil. Melanch. *in Ethic.* dum disputat, verane sit regula Augustini, *peccatum nõ dimittitur, nisi restituatur ablatum*? quam certum est veram esse, iuxta dictum: *qui furatus est deinceps non furetur*, ad Ephes. 4. Et, si hoc nõ satis facit, clarius adhuc Lucæ 19. vbi Zachæus: *si quid ait aliquẽ defraudaui, reddo quadruplum.* & Ezech. 33. *Si rapinã reddiderit, &c.* Sed aliud quærunt præsidium homines militares, se nolle in istis & eiusmodi causis seruire, & alioquin, vt dicebat Polybius, in bello aliud esse prętextũ, aliud causam, se sequi honestum prætextum, cum causa iis nota esse vix possit. Accipimus excusationẽ; & Augustinus docet, videndum, an quod præcipitur, non esse contra Dei prįceptũ certum sit; vel vtrum sit, certum non sit; ita vt fortasse reum faciat Regem iniquitas imperandi, innocentem autẽ militem ostendat ordo seruiendi, *c. quod culpatur in bello 23. q. 1.* Dominus prįceptor de hoc dixit: *Tenendum certũ, relinquendũ incertum.* Cæterùm quid adhuc, cum non quæritur de subditis, quos magis oportet obedire, sed de aliis mercenariis militib. qui sua sponte ad bellum percurrũt? Sanè in iis minus valet excusatio, omninò distinguendũ est inter probabilẽ ignorantiam & crassam negligentiã. Præcipuam quidem

T 2 hanc

hanc curam oportet esse penes ipsum Ducem seu dominũ belli. Sed horribile etiam est, ad malam causam seruire, & non excusat fucatus prætextus, Deus non irridetur, cor ipsum intuetur. Sed & quã est periculosum, rem periculosam dubitante conscientia aggredi! Dico de iis, qui dubitant, an petatur veritas fidei Christianæ, qui non intelligunt & dubitant; an sit error in fidem, qui obiicitur, an sit tantus, vt ferro & igne exstirpandus sit? Nec patiaris tibi hic imponi per turbulentos, tumultuosos & rerum imperitos Doctores, quicquid dicant, quicquid scribant, doctrinam hominum adferentes. Et, vt nunc concludam, docemur hic, militare licere, stipendia mereri, & Iure gentium prędam ex hostibus captam nostram facere. Atque adeo, etiamsi verum est, quod sæpè dicunt milites Christianarum Rerumpublicarum, se etiam de conscientia esse solicitos, (sanè plurimos seriò hæc nõ agere res ipsa ostendit) hoc tamen videntur quærere, quomodocunque ab hominibus absoluantur, cum Deus tamen eos constrictos teneat, imò cum ipsa conscientia eos accuset. Dixi iis ex ore veritatis, quod res est, & dedi cõsilium fidele. Licet mihi dicere cum Augustino: Si cui id non placet, quærat alterum, qui suscipiat, non me. Imo, Deo propitio, neminem inueniet.

§. 14. Item ea, quæ ex animalibus, &c.

Venatio, & præcipuè militia, de quibus hactenus, potissimùm est nobilium; vnde & ille dixit ex Constit. Neapolitana: *Nobilem æstimari ex genere & vita militari.* Nunc dicturus est de omniũ felicissima acquirendi ratione agricultura, quæ fit in agri cultura & fœtura animalium, qui erat nobis modus siue titulus tertius. Sic igitur inquit: *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, iure naturali tua sunt, & eius debet esse fœtus, cuius animal est, & cuius custodia, cura, labore prouenit, alitur, curaturq́.* Vide *in l. vel. ea 2. & l. item ea 6. D. eod.* At vero eadẽ omninò ratione nostrum est, quod in fundo nostro, agroué nascitur vel prouenit, siue id cura nostra, siue id sponte. Cuius enim terra est, eius & fructus, præsertim eius cura & diligentia partus. Ita supra *§ riparum. vers. quando causa. & infra §. si de possessore.*

§. 17. Prætereà quod, &c.

Nunc deinceps etiam agitur de naturali acquisitione rerũ immobilium, id est, ipsius terræ; idque per alluuionem, item vicinitatem, qui est modus quartus & quintus. In summa autem sunt capita huius disputationis de iure alluuionis, de insulis natis, de alueo facto, de inundatione. De his ipsis ordine. Et hæc autem omnia, vt plenius percipi possint, cognoscenda est hic vis fluminum, nempè alluunt, circumluunt, illuunt, atque ita alibi abstrahunt à terra, alibi adiiciunt, efficiunt in ipso alueo insulas, mutant etiam alueos, exundant & inundant. Iam igitur quæri id solet, accessio hæc & adiectio cui lucro fit, vel cui damno decessio? Imprimis cum flumina fundum ripamue alterius attingunt & alluunt, solent eo suo appulsu ab alterius ripa & agro parùm fortè munito paulatim & particulatim detrahere, & ad aliud latus adiicere, & id fit eius, cui adiicitur; quasi natura ipsa ei adscribat & adiudicet; & accusari potest alterius negligentia, qui ripam suam non satis munit. Et in hoc habes nũc alluuionis definitionem, quod sit latens incrementum. Vnde facilè est respondere ad alias de hac re quæstiones, *vt in vers. quod si vis fluminis.* Quid si maiori vi fluminis palam ad nos id, quod vicini erat, deferatur? Id equidem nostrum non fit, sed eius manet & repeti potest. Sed rursus *in vers. planè,* quid si id, veluti arbor aut planta, domini negligentia tãdiu terræ nostræ adhæserit, vt iam etiã coaluerit & accreuerit? Id verò nostrum quoq; factũ est, iure accretionis, quasi iam ex nostro pendeat & alatur. Et respons. est, plantã siue arborem alterius

esse

esse non posse, quàm eius, cuius est solum, ex quo alitur, & id, quod radices egerit, vide de his *in l. adeo quidem. §. 2. D. eod. item in l. sed si ex meis 26. §. arbor, ibid. & in l. hoc amplius 9. §. Alueus. D. de damn. infect. & §. si Titius. infra, vbi plura.*

§. 18. Insula, quæ in mari, &c.

Iam de Insulis, vbi scribit de duplici Insula, maris & fluminum. Insulæ quidem maris in ea sunt conditione, in qua est ipsum mare, & quæ ei subiacet terra, hoc est, communis est & nullius, & ob id cedit occupanti, iuxta ea, quæ iam ante tradidimus in modo primo: quanquā tamen hodiè ferè eiuscemodi Insulæ à vicinis populis occupari solent. Quod ad flumina attinet, ea, vt antea cōprobatum est, publici sunt iuris, vt & terra, quæ iis subiacet, id est, alueus. Ripa itidem publici est iuris, licet harum proprietas singulorum sit, id est, priuatorum. Et sic quoque Insulæ in fluminibus natæ priuatorum esse dicuntur proprietate, & quidem eorum esse dicuntur qui habent vicina prædia pro parte & modo latitudinis ipsius prædii. Et hoc ideo fortè, quod cum demutare alueum soleant flumina, credi potest, istorum prædia olim occupasse, vt æquum sit, si quid ex alueo rursus emergat, vt id iisdē adscribatur. Imò æquum etiam est, vt qui fluminum incommoda, puta ex alluuione, inundatione, &c. ferunt, ii vtilitatem quoque hanc percipiant, iuxta regulam: *Qui sentit onus, eadem ratione & commodum sentire debet. l. secundum naturam 10. D. de reg. iur. & cap. qui sentit onus, de reg. iur. in 6.* Et sic Prouerbio etiam dicitur: *Aliquid boni propter vicinum bonum.* Vocauimus igitur hunc modum vicinitatem. Quæri etiam de hoc potest, quomodo fiat aut efficiatur Insula? Et de hoc quoque textus: *Ne ilicò, cum prædium meum circumfluere, & in modum Insulæ comprehendi incipit, (quod potest fieri inundatione.) Insulam factam putes, vt ideo amissum sit dominium, quod acquiratur vicinis.* Vide *in l. adeo 7. §. Insula. l. inter eos 29. & l. ergo. &c. & l. Insula. D. eod.*

§. 19. Quod si naturali, &c.

Tertius locus de alueo derelicto & eius acquisitione. Itē, de iure noui aluei, etiamsi ante ager alicuius fuit. Et sunt de hac re breuiter & in summa enūciationes istæ: *Alueus derelictus priuati fit iuris, & iis adscribitur eadem ferè ratione, qua supr. qui habent vicina prædia.* Tum verò, *Iterum alueus nouus publici iuris efficitur.* Rursum quod dicimus, alueum derelictum non amplius alueum manere, sed vicinorum fieri, ita demum verum est, si totus sit derelictus, non si æstiuo fortè tempore tenuius saltem incipiat esse flumen; ita enim derelictus non dicitur. Et pertinet hoc ad statum definitionis. Iterum verum hoc est, si vetus & solidus alueus sit derelictus, non si deundatio facta sit, ex quo postea discesserit aqua. Sed & *ager tuus alueus factus & iterum derelictus vicinis acquiritur, si totus occupatus fuerit flumine.* Nam si pars aliqua superest, ad te magis poterit redire, iure eius vicinitatis. Postremò, etsi ante totus fuit occupatus derelictus, semper ad te magis redibit ex æquitate. De quibus omnibus *in dict. l. 1. adeo. & h. in textu,* si diligentius obseruaueris.

§. 20. Alia sanè causa est, &c.

Nunc de Inundatione; & fit comparatio aluei & inundationis. Equidem alueus mutat speciem fundi, & populo Romano adscribit ita, vt si tuus ager alueus sit factus, & iterum derelictus, scripto iure ad te non redeat, sed potius ad vicinos defetatur, vt iam dictū est. Verum est alia ratio inundationis subitæ & repentinæ, quæ non mutat speciem fundi, & ideò tibi is ager ob id auferri non potest, sed semper tuus manet *dict. l. adeo.* Et hæc de modo tertio & quarto ex natura fluminum, vbi vides flumina publica cēsititiorum vice fungi, vt dent & auferant. Sic Iurisconsultus *in d. l. ergo. D. eod.*

§. 21. Quùm ex aliena materia, &c.

Deinceps proponit aliquot modos, in quibus non tàm de totius rei, id est, omniū in ea partium acquisitione, & vero dominio q̄ritur, quàm de toto saltē, veluti corpore, cuius potius sit, vt separatim de ipsa materia in eo corpore sit, vel esse possit quæstio? Ecce primò occurrit specificatio modus sextus acquisitionis, cum quis ex aliena materia, vel etiā ex partim aliena, partim sua, nouam suo nomine fecerit speciem, veluti ex vino & melle mulsum, ex auro annulum. Vbi quæritur q̄s huius nouæ speciei seu corporis sit dominus, isne, cuius est in eo ipso corpore materies, an potius qui fecit? Et dato & concesso nunc eo, ꝙ dominus sit, qui fecit, quæstio alia esse potest, an igitur etiam mala fide nactus sit? Et est hæc quæstio, vt dixi, alia, & semper tamen etiam distinguitur in bonæ & malæ fidei possessorem. Sed nunc primum de principali quæstione. Et quidem ea in re diuersæ fuerunt ICtorum sectæ. Aliis visum est eius rem esse oportere, cuius est materies, quod sine materia nulla fiat species seu corpus, vt dicitur: *Ex nihilo nihil fit*: & ita probabant Sabiniani. Contra alii, vt Proculiani, causam magis attendebant efficientē, volentes eum esse dominum, qui speciē fecisset, quod id, ꝙ ita hominis artificio nouā speciem induit, nullius ante fuisse videatur, & forma sit, quę dat esse & nomen rei. Atq; etiam prior materies videatur interiisse inducta noua forma. Sanè vtcunq; Proculi sententia, de cuius studio ex præceptore Lanione vide *in l. necessarium 2. D. de orig iur.* plerunque præualuit, vt infra aliquoties audiemus, tamen non videbitur hic saltem iniqua esse sententia Sabini. Verumtamen per ancipitem istam disputationem placuit etiam quædam media via temperare, & adhibenda est distinctio ista: Aut species facta commodè induci & reduci potest ad priores materias, aut nō potest. Si potest, valebit sententia Sabinianorum, vt si ex alieno argēto factum erit vas aliquod, nimirum potest hic adhuc existere prior materies; Si verò non potest, contra consistit sententia Proculianorū, vt sit dominus, qui fecit ꝓpter specificationem eam, veluti, cum ex alienis oliuis factum sit oleum. *Ita hic & in l. adeò 7. §. cum quis. D. eod.* sed nunc tamen quæritur, an igitur cum aliena iactura liceat locupletari, contra regulam? *in l. iure naturæ æquū est 160. D. de reg. iur. & c. locupletari. de reg. iur. in 6.* Dixi supra separatam esse hanc quæstionem. Et quidem videamus nunc de materia & impensis. Ergo quo casu dominus rei erit effector, seu dominium rei adscribatur faciēti, materiæ tamen iustam æstimationē soluere cogatur ei, cuius ea materies fuit. Rursus quo casu dominus erit is, cuius antè etiā fuit materies, habet tamen aduersus eum bonæ fidei effector petitionem de iustis impensis, labore & in materiam collocatis. Sanè q̄ mala fide quid commisit, furtum cōmisit, & furti tenetur & obstringitur. Porrò de materiæ æstimatione, de impensis & similib. ꝙ dixi, id in aliis vel plerisq; obtinet. Et notādum hic est, ad hanc rem plerunq; dari actionem in factum, quę ita instituitur, vt narret actor factum ipsum & secundum eius circumstātias & æquitatem petat sibi satisfieri. De quo vide *in l. in rem 23. §. item quæcunq;. vers. ideoq; in omnib. D. de rei vind.* Nonnunquam tamen actio ad exhibendum etiam dabitur, vt res connexa separetur, & ita vendicetur, si commodè seperari possit, *vt in ead. illa l. in rem.*

℣. Vel spicas reuerti non potest, &c.] Manifesta videtur hic esse *ἀντινομία*, cum frumentum excussum ex alienis spicis Iustinian. videatur adscribere excutienti, Caius verò *in D in d. l. 7.* eius manere asserat, cuius ante fuit, id est, cuius fuerant spicæ, cum nec sit hic specificatio. In hoc sanè loco, vt iterū dicam ingenuè, ꝙ satis probem aut ꝙ sequar nescio. Durius est, ꝙ adfert Azo. Placentinū sequi mihi visum erat parū tutum, sed tamen

vt Fa-

vt Faber illud exponit, & manifestius loquũtur Paraphrastę Latini, Cantiuncula & Hotoman. video id receptius esse, quod & Dn. D. Wesembec. hîc habet, in eo igitur adhuc requiesco.

§. 22. Si tamen alienam purpuram, &c.

Hic §. creditur esse desumptus *ex l. tigni 7. §. 1. D. ad exhib.* & videtur omninò proponi species alia siue modus alius septimus acquisitionis, quem vocauimus supra cessionẽ siue accessionem, cum alterũ alteri cedit, siue accedit, vt illius sit res, cuius est id, cui debet accedere, vt cũ dico: Accessorium debet sequi naturã principalis, *vt in c. accessoriũ. de reg. iur. in 6.* Sed multi tamẽ sunt casus multæq; species vni⁹ cessionis, vt infra de ædificio, de plãtatione, de satione, de pictura, de Scriptura, imò adhuc alia huc pertinent *ex l. cum aurum 19 §. perueniamus. D. de auro & arg. legato l in rem 23. §. in omnib. cum seq. D. de rei vind & l. sed si ex tineis 26. D. eod.* Sed nunc videamus de loco & casu præsenti, post monebimus de aliis. Finge igitur casum. Habet quis vestem iam confectam, eam attexuit, veluti loco fimbriæ, quæstio est, cuius sit ea tota vestis, in quo iam etiam est hæc purpura, ea ratione, quod accessorium sequi debeat principale?

Sed quid tamen nunc de purpura ipsa seorsim, an licet meum mihi auferri, an decet locupletari cum aliena iactura? Equidem prior ille purpuræ dominus vendicare eam iam veluti extinctam, atque alterius factam directò non potest. Sed habebit tamẽ aduersus possessorem actionem illam ad exhibendum, *de qua supra, & ita in d l. tigni.* Habet & condictionem rei, quoad æstimationẽ eius, vt hunc locũ videtur intelligere D. Cuiacius, & disertè hoc exprimit Dn. D. Wesembecius hîc. Quod si mala fide intexta sit, furti agetur ad pœnam, & etiam condictione furtiua de æstimatione. Et hæc de p̃sinti specie in purpura. Iam, vt dixi supra, similium eadem est ratio, & imprimis *in d. l. cum aurum.* sic scribit IC. *Semper cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandæ causa adhibeatur, vt accessio cedat principali.* Et adfert inter cætera exemplum de margaritis: *Margaritæ*, inquit, *si auro siue auri ornandi gratia adhibitæ sint, auro cedent. Sin contra, aurum margaritis cedet. Idem est in gemmis annulis inclusis*, & inquit, *propria rei qualitas spectatur. si quid additum erit, toto cedit*, vt statuæ pes, aut manus, clypeus, fundus, aut ansa, naui tabula, ędificium, cęmentum. Tota enim eius est, cuius ante fuerat. Nam per præualentia illud partem alienam tradit. De aliis accessionis regulis postea agemus.

§. 23. Si duorum, &c.

Modus octauus est, quem vocauimus confusionem siue commixtionem. Alii nonnulli inter confusionem & commixtionem solent distinguere; sed, quod sciam, nulla probabili satis ex causa in textu. Itaque missis talibus superuacuis difficultatibus & distinctionibus, dicendum puto, quantum fieri potest, de re ipsa clarius & perspicuè. Si quis tamen certiora adferat, à quouis discere paratus sum. Imprimis igitur dicemus cõmixtionem siue confusionem nobis vocari, cum diuersorum hominum & dominorum res siue materiæ, siue sint ex eiusdem generis, siue diuersarum specierum, commiscentur & confunduntur: veluti aurum cum auro, vel argento, frumentum cum frumento, vinum & mel, idque fortuito casu, vel etiam voluntate vtriusque. Hic autem quæritur nunc, cuiusnam hîc sit totum? Sed &, vt iam ante monui, de rebus separatim etiam tunc quæritur, quæ sint actiones alteri in alterum possidentem pro suo? Et sunt hæc ex *d. l. adeò 7. §. voluntas duorum, cum concordantibus legib. de quibus infra.* Nunc in huius modi & quæstionis decisione sic imprimis distinguimus. Primò, aut voluntate vtriusque id factum est, aut

verò

verò fortuito casu. Tum cum fortuitò factum erit, distinguimus rursus: aut res confusè commixteuè deduci possunt, aut non possunt. Quod si deduci non possunt, distinguendum iterum, aut confusè & commixtè omnimodo commiscentur, vt fit in vino mixto cum vino: aut verò confusè manent tantum in sua substãtia, vt cum miscetur frumentum cum frumento, vbi singula grana manent in sua substantia. Et nunc quod ad ius attinet, respondemus. Primò, cùm voluntate dominorum facta est confusio & commixtio, corpus inde conflatum commune simpliciter esse, & fore vtrique domino, (id quod proculdubio facit voluntas) atque à communione fortè discedere volenti, vt suam quisque habeat partem pro rata ponderis, mensuræ, &c. dari actionem communi diuidundo, quæ est actio mixta, vt suo loco *Ita h. & in d.l.7. item l.nam etsi 13. §. vlt. D. si certum petatur.* Quod si nunc fortuitò sit ea commixtio vel confusio facta, veluti à villico siue colono nostro, siquidem deduci possunt, aiunt, res non communicari, sed magis competere actionem ad exhibendum vt vendicetur, quod cuiusq; est. Exemplum ponunt in plumbo mixto cum argẽto, quod si deduci non possit, aut non satis commodè possit, vt accidit in electro, quod redire in priores massas siue materias, vt aiunt, non potest, obtinere id, quod suprà de rebus voluntate dominorũ mixtis dixi, nempè, quòd sit cõmune propter necessitatem. Sed hoc tamen quærunt: si omninò permisceantur ita confusa & cõmixta? Quod si non commisceantur ita, sed cõfusè maneant in sua substantia, & si deduci ita commodè non possunt, malunt potius agi ad exhibendum, vt vendicetur quod cuiusque est. Et hoc est exemplum de frumento mixto cum frumento, vt infra *in vers. quod si casu,* & de his diligentius *in l. Marcellus. § fin. in l. 4. & 5. §. 1. & §. si longum. D. de rei vend.* In rebus, quæ omnino constant distantibus capitibus, & longe facilius etiam segregari possunt, fortuitò mixtis, constat facilè nullam fieri communionem: imò actio in rem locum habet, vt quisque suum repetat, veluti sua pecora, ita infra etiam *in vers. sed nec magis,* & vide *in l. rerum mixtura 30. D. de vsucap.* Et hæc de modo octauo.

§. 24. Cùm in suo solo, &c.

Redit ad cessionem siue accessionem modum septimum, cum quid alteri cedit, & ita acquiritur, etsi alia aliis ex causis cedant, hic ædificium cedit solo, ea ratione, quod illud conuenit cedere, quod sine altero esse non potest. Constat autem solum fundamentum esse, sine quo ædificium non est, *d. l. adeò 7. §. cum in suo.* Alii nonnulli faciunt etiam nonum modum, quem vocãt inædificationem, sed de his non litigabimus, tu saltem nunc obserua; id igitur quod solo inædificatur, solo cedere, & quod ædificio includitur, veluti tignum, materies, ipsi ædificio cedere, vt eius sit ædificiũ, eius domus, cuius est solum, eius pars & materies ædificio inclusa, cuius est ipsum ædificium; idque siue ex alieno in meum ædificaui, siue ex meo in alienum. Duos enim hos habet casus. Nec interest admodum, quod ad hoc attinet, bona vel mala fide ædificatum sit. Sed quid tamen nunc de materia ipsa? Hic sanè aliud iuris erit, ne velit & studeat quis cum aliena iactura locupletari contra regulam iuris, vt nuper dixi. Et distinguitur in eo, an ex alieno in meum, an ex meo in alienum ædificauerim, & interest, bona seu mala fide sit factum. Et primò quidem casu, cum nimirum ex alieno in meum ædificaui ædificium, vt dixi, cedit solo: materia tamen, quæ aliena est, eius dicitur manere, cuius erat; sed tamen quamdiu durat ædificium, dominus eam vendicare & eximere non potest, neque ad exhibendum agere, vt eximatur, potest. Id enim vetant leges 12. tabularum, ne ex tali causa dirui necesse sit ædificia, *vt h.* & vide *D. de tigno iuncto, vbi in l. 1. item in l. gemina 6. D. ad exhibendum.* Verum si id ædificium aliqua ex causa dirutum iam sit, tunc licet ad exhiben-

dum

dum agere & vendicare, *vt h & in d.l. adeò 7.* Aduersus malæfidei possessorem certum est, furti actionem esse, vt rectè hic Glossographus. Sed quid, quod ad materiam attinet, quod graue & molestum sit, hunc casum expectari oportere, an nulla erit actio constante ædificio, licet materiam eximere non liceat? At ex lege 12. tabularum, actionem de tigno iniuncto factã siue proditam esse, quæ est pœnalis in duplum, *dd. ll. & h.* Sit hoc rectius aduersus malæfidei possessorem siue ædificatorem, qui, quo magis pluribus etiam actionibus pulsetur, & non parcatur ei, qui sciens rem alienam inclusit, vendicatione etiam & actione ad exhibendum conueniri potest durante iudicio, non vt dissoluatur, sed quasi rem dolo malo desiisset possidere, ad æstimationem agetur; quam aiunt quoque iureiurando in litem licere definire, vide *in d. l 1. de tigno iniuncto.* Quid verò, an conueniat bonæfidei ædificatorem & possessorem, qui non peccauit, pœnam tamen luere siue dare, nempè duplum? Ita videtur esse lex scripta, & ita videtur dicere Dn. Cuiacius. Sed tamen crebrius responsum est, & æquius est, isto casu magis agendum actione in factum ad æstimationem pretii materiæ, vide Gloss. *in l. in rem 39. §. tignum. D. de rei vend. & in l. in eo. 63 D. de donat inter vir. & vxor.* & Latinum Paraphrastem *hic*, & D. D. Wesembecium, &c.

§. 25. Ex diuerso, si quis, &c.

Sequitur alter casus, cum ex meo ædificaui in alienum, nempè ex mea materia in tuũ solum; vbi quidem hoc manet, ædificium cedit solo; eius est ædificium, eius domus, cuius est solum; nec ædificium acquirit solum, sed solum acquirit ædificium. Ergo, si in tuo solo ædificaui, tibi ædificaui, siue possides tu siue non possides, sed ego: vendicas enim tuum. Sed nunc quod ad materiam & impensas attinet, quæstio est & locus difficilior; sequar autem vestigia nostri § desumpti *ex d l adeò §. ex diuerso.* Imprimis itaq; loquitur simpliciter, & ait: *eum, qui in alieno ædificauerit, materias & impensas suas amittere, si sciens id fecerit,* id est, si sciuit alienum & tamen ædificauit, & ne quidem diruto ædificio, de materia agere posse. Donasse enim videtur: nimirum, cuius per errorem dati repetitio est, eius consultò dati donatio est, *l. cuius per errorem 54. D. de reg. iur.* Sed quid si ignorans id fecit, vbi non est animus donandi. *d l. cuius per errorem.* imò, quid si non fecit animo donandi, quod nõ statim præsumitur? Neq; enim præsumitur quis suum iactare velle, vt *in l. cum de indebito 35. D. de probat.* Et quid, si sciens ædificauit in alieno, cum eius caussam habuit, nempè, ædificauit in domo conducta, vt commodius habitet; ædificauit in eo, quod etsi dominus fortè non sit, bona fide tamen possidet? & similia. His omnibus casibus videtur succurrendum, ne amittat materias & impensas, vide *in l. si in fauorem 2. C. de rei vend.* Sed quomodo succurretur? non sanè actione, cum nõ possidet. Dominũ enim sibi non obligauit; vide *l. si in alia 33. D. de condit. indeb. l. Paulus 14. D. de except. doli, l. sumptus 48. D. de rei vend.* Sed officium fortè Iudicis implorabitur. vide *in l. planè 38. D de pet. hered.* & D. D. Wesembec. *in verb Constituto.* Sanè & condictionem incerti dari posse putant, vt agatur quanti res æstimabitur. vide *in l. qui exceptionem 40. § si pars D. de condict. indeb. & l heres 21. D. ad SC. Trebell.* & D. Cuiacium *hic.* Equidem, si ipse, qui ædificauit, possidet, de quo deinceps agit Imperator, & soli dominus petat domum suam esse, rectè sibi prospiciet possessor, & seruabit materiæ æstimationem, item impensas, per exceptionem doli mali oppositam, ac sic dicat: *Dolo facis, qui rem petas non restitutis prius impensis, & ita cupias cum mea iactura locupletari.* Sed hoc rectè de bonæfidei possessore. Malæfidei possessori excipienti de dolo vicissim potest obiici dolus: *Non debuisti temerè in alieno ædificare.* & ita vt supra donare is videtur, vide *in l. si is 5. C. de ædif. privat.* Sanè nec eum tamen donãdi caussa fecisse certum est.

Ergo & hoc tandem permissum putant, vt liceat (quod tamen sine detrimento soli & nō malitiosè fiat) tollere & auferre quod posuit, nisi dominus paratus sit soluere, vide *in l. Iulianus 37. cum l. sequenti 38. D. de rei vend. & in l. pro voluptuariis 9. D. de impensis in res dotales factis.* Sed & hoc pro modo impensarum admissum est, quæ sunt necessariæ, vtiles, & voluptuariæ, vide *in l. domum 5. C. de rei vend.* In summa concessa est variè pro ratione causarum & personarum, de quo *in d. l. in fundo 38. D. de rei vendic.*

§. 26. Si Titius alienam, &c.

Facit iterum alios duos modos acquisitionis, implantationem & sationem; sed eadem omninò est ratio acquisitionis, quæ supra in ædificio. Nam vt ædificium, sic & illa, quæ inseruntur, vt est semen, & planta, cedunt solo: solo enim inhærent. *l. qua ratione 9. D. eod.* Ipsius autem materiæ & impensarum seorsim est consideratio, & habet se ea res eodem propè modo, quo iam ante in ædificio. Et nunc primum de plantis, id est, de arboribus, vbi de arboribus humana industria translatis. Et eæ demum ita solo cedunt, si in id radices egerint, & ex hoc ait: *Alterius arbor esse non potest, quàm cuius est solum, ex quo alitur,* sæpè *dict. l. 7. §. fin cum l. sequenti. & dict. l. 9.* Sed & de arboribus in confinio positis inter affines siue confines moueri solet disputatio, veluti de radice, item fructibus siue glande legenda. Quoad quæstionem radicis, quæ hic proponitur, ita ea deciditur: *Si ex vtraque parte arbor in fine posita radices egerit, communis est. Quæ non est posita in fine, etsi vtrinque radices egerit, communis non est. At quæ omnes radices in vicini fundum egit,* propria eius partis est, in qua alitur, non in qua oritur, vide *l. si plures 6. D. arborum furtim cæsarum, & l. vltim. D. quod vi aut clam,* & D. Cuiacius *hic.* Quoad controuersiam glandis: Glandem nostram, id est, fructum nostrum legere leges nostræ permittunt, *D. de glande legenda,* & aiunt: *Tertio quoque die colligere licere, vimque fieri collecturo vetat prætor, dict. loco.* At Iure Saxonico *lib. 2. art. 52.* ad finem sic scribit: *Rami arborum sepem non transscendant, si hoc vicino sit damnosum,* & addit ibi Gloss. *Cum colligis fructus, si quid in vicini aream siue hortum deciderit, id eius erit.* Itaque erit hic differentia, quæ tamen non est annotata. De seminibus nihil habeo, quod amplius addam.

§. 27. Literæ quoque, &c.

Referuntur & ista ad cessionem; nec est, cur nouos modos fingamus sine causa aliqua, vt ædificium, semen, planta, solo cedunt, cui inhærent; ita scriptura, pictura, chartæ aut etiam tabulæ cedunt, quibus ita inhærent, vt sine iis esse non possint. *l. qua ratione 9. §. 2. D. eod. l. in rem 23. §. sed etsi. D. de rei vend.* In pictura tamen aliud quibusdam placuit ob excellens hoc artificium, & excellens precium, quo excedit tabulam, quod & communiter ita fore accidit. Itaque discessum est hic paululum ab illa naturali ratione, qua id oportet cedere, quod sine altero esse non potest. Et probatum est, vt hoc saltem casu vilius cedat pretiosiori, & sic tabula picturæ, per Caium *in dict. l. 9.* & id sequitur Iustinianus *hic.* Hoc tamen etiam tributum est iuri vsitato, vt & tabulæ dominus actionem ad vindicandam à pictore tabulam suam habeat, sed vtilem saltem, cum ipse pictor aduersus ipsum directam habeat, & hac actione dominus tabulæ ita demum vincet, si non malit pictor restituto tabulæ pretio eam retinere. Potior enim est, vt intelligis, causa pictoris. Porrò de materia & impensis, vt iam aliquoties dixit, separata est quæstio, de qua re ex iisdem fundamentis, de quibus supra.

§. 29. Si quis à non domino, &c.

Hic erat modus huius acquisitionis nouus,

nus, quem vocauimus bonæ fidei possessionem; vbi quęstio est, bonę fidei possessor fundi alieni quos fructus suos faciat, vt de iis nõ teneatur? Comparat autem in hac re vsufructuarium & colonum, & agit simul etiam de malæ fidei possessore. Fructus vocamus à fruendo, ferendoq;, veluti qui ex fundo, ex agro, ex corpore proueniunt; quod fit vel sua sponte merè naturaliter, & vocamus fructus naturales: vel cooperante industria, curaq; & labore, siue facto hominis, & dicuntur industriales, *l fructus 45. D. de vsur. l. bona fidei 48. D. eod. tit.* Pomponius *in l. 45. de vsur.* & Paul. *in l bona fidei 48. de acq. rer. dom.* pugnare inter se videtur; vide hic apud Hottomannum. Sunt & quæ vice fructuum sunt, cum nõ sint propriè fructus ex corpore, sed propter rem ciuili ratione percipiuntur, vide *in l. vsura 121. D de verb. sign. cum simili b* Sic dicitur, fructus rei vel pignori datæ licere. *l. fructus. vlt. D. de vsur.* Item prædiorum vrbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur *l. prædiorum 36. D. de vsur.* Sic & venatio potest esse fructus fundi. *l. venationem 26 ibid.* Vsuræ etiam vicem fructuum obtinent. *l. vsura 34. ibidem cum simili b. legib.* Sed nunc ad rem. Bonæ fidei igitur possessor, quem hic text. pulcherrimè describit, propter culturam & curam in ea re, licet aliena, bona fide adhibitã & præstitam, fructus ex re ante vendicationem rei & litis contestationem perceptos, suos facit, vt de his aduersus eum agi, nempè, ad eos restituendos, earumque æstimationem non possit; sed tamen, si qui adhuc extabunt fructus, & consumpti non erunt, hos restituere cogatur. Nam imprimis qui pendent, pars fundi sunt, tum quod ex re mea extat, meum esse conueniens est, vide *l fructus 44. D. de rei vendic. & l. solum 49. ibidem.* Mynsing. & Kling. sic distinguunt: aut quæritur de bonis naturalibus, quæ extant, & vindicari possunt, aut consumpti sunt. Et tenetur in id, in quantum est factus locupletior. Sed hoc quæsitum est, an hæc sint intelligenda de omnibus fructibus, siue sint naturales, siue industriales? Et putant hæc tantùm de industrialibus esse accipienda, quasi naturales fructus suos non faciat; eoque potest referri, quod dicitur: *Pro cultura & cura,* & extat *in l fructus 45. D. de vsur.* Idque omninò recipit Dominus Cuiacius, & est vel post glossam receptior opinio, vt tradidit Petrus Lignæus.

Sunt tamen, qui putant, hoc ad omnes fructus pertinere, quod non videtur inhumanum. Et puto argumentum pro hac sententia apud Dominum D. Wesembecium, dum argumentatur ab vsufructuario ad bonæ fidei possessorem, alicuius momenti esse, quem vide *hic in verb. Et cura.*

§. 30. Is verò, ad quem, &c.

Nunc quod ad vsufructuarium attinet, is eodem modo fructus ex alieno fundo habet & accipit, eorumque fit dominus, saltem ex natura vsusfructus, ex conuentione & voluntate domini, cum bonæ fidei possessor Iure magis quasi dominii & Iure soli accipiat & lucretur. *vt in l qui scit 25. D. de vsur.* Sed in hoc vsufructuarius minus iuris habet, quod eos fructus suos non facit, nisi ipse iam perceperit, nempè separando & colligendo à fundo, & naturali perceptione comprehendendo; cum in bonæ fidei possessore sufficiat quoquo modo à fundo separatos esse. (Nam, vt dixi, fructus pendentes pars fundi sunt, vt ad dominium pertineant.) vide *in l. arborib. 12. §. fin. D. de vsufr. l. si vsufructuarius 13. D. quibus mod. vsusfruct. amittatur. & dict. l qui scit. D. de vsur.*

Porrò idem ius est, quoad perceptionem, in colono, qui nũmis colit, & fructus ex hoc habet, saltem dum finiatur locatio. vide *in l. si apes 26. & in l. si seruus communis 63. §. locati. D. de furt. item in l. cum in plures 60. §. messem. D. locati.* Nunc tandem, quod ad malæ fidei possessorem attinet, cum conuenit de omnibus omninò fructibus restituendis

tuendis teneri, adeoq; etiam de non perceptis, nempè, si quos percipere potuisset, negligentia autem factum, quo minus perceperit, vide *in l. si pignore 22. §. si prædo. D. de pigno. act. l. sed etsi 25. §. quod autem. D. de pet. hered. l. certum 22. D. de rei vend. l. mala fide 3. C. de condictione ex leg. cum similib.*

§. 31. In pecudum, &c.

Hunc §. pulchè continuat Dn. D. Wesembecius hoc modo: Dixit de causa efficienti & formali perceptionis fructuum, nunc aliquid aspergit de materia, & quænam in fructu sint vel non sint, ostendit, quæ sunt desumpta *ex l. in pecudum 28. D. de vsur.* Sed tamen pertinent ista omnia ad aliam disputationem, de qua infra suo loco videbimus.

§. 32. Thesauros quos quis, &c.

Hunc modum faciunt, thesauri inuentionem. Sed verus thesaurus is est, qui nullius in bonis est, & dominum nullum habet, & ob id cedit occupanti, vt feræ bestiæ, vt lapilli & gemmæ in littore maris repertæ. *l. nunquã. D. eod.* Nos igitur hæc omnia ad occupationem referimus, etsi alia quædam potest esse ratio occupationis ex iis, quæ ex Iure Ciuili & circumstantiis accidere possunt. Thesaurus verò antè alicuius fuit. Nam & Thesaurum definiunt veterem pecuniæ depositionem, cuius non extat memoria, vt iam dominum non habeat. *d. l. nunquam 31. item in l. vnica. C. de thesauris, lib. 10.* Proinde, cum dicimus, thesaurum vt rem nullius fieri inuentoris & occupantis, patitur tamen ea res alias distinctiones pro natura loci inuentionis.

Nam si in tuo inueneris, tuus erit totus; quod si in alieno, dimidius saltem erit tuus, & alterum dimidium pertinebit ad dominum loci, aut ad fiscum, si locus erit publicus. Sed hoc rursus, si data opera in alieno quæsiuisti. Id enim non licet, & sic reddes totum; item nisi mala arte inuenisti. Sic enim fiscus sibi vendicabit, vide *in d. l. nunquam. d. l. vnica C. item non intelligitur 3. §. penult. D. de iure fisci & in capit. siue tit. Quæ sint Regalia in vsib. feud.* Et in Iure Saxonico *lib. 1. art. 35.* vbi creditur aliqua esse differentia. Sed fortassis locus ille intelligẽdus est de venis auri & argenti, siue fodinis metallicis, quæ pertinent ad Regalia *d. tit. de vsib. feud.* & vide *in aurea Bulla, titulo.* von Golt/ Silber/ vnnd andern Ertz.

§. 33. Per traditionem quoque, &c.

Sequitur locus decimus & vltimus de Traditione & eius speciebus, nempè, *Res tibi à domino tradita iure gentium tua est*, nimirum ex domini voluntate & tua apprehensione, quæ est possessio. Nam & traditio à quibusdam definitur, quod sit datio possessionis. Theophilus dixit: *Traditio est de manu in manum translatio.* Et huc pertinet text. hic desumptus *ex l. qua ratione 9. §. hæ quoq; res. D. eod.* vbi regulam & æquitatem de hac re proponit istam: *Nihil*, inquit, *tam conueniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi, & ideo cuiuscunq; generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur.* Et hic quoque traditionis effectum exactius proponit, nempè, quod per eam dominia rerum transferantur & acquirantur. Causas etiam efficientem & formalem indicat, nimirũ voluntas domini hæc est. Nam & qui ipse dominus non est, tradẽdo in me dominium transferre non potest, quo pertinet *l. traditio nihil amplius 20. D. eod. tit.* Dicitur autem voluntas domini, *volentis rem suam in alium transferre.* vbi attingitur vel forma huius traditionis, vel etiam, si mauis, causa causæ, & vt dicitur causa remota & proxima. Nam traditio ipsa sine modo & forma ea traditionis non transfert dominium, nec facit te dominum, quo pertinet rursum *l. nunquam nuda 31. D. eod. tit.*

Porrò

Porrò vult rem ſuam in alium transferri, non modo qui donat, ſed & qui vendidit, qui in dotem dedit. Et hi ſunt contractus inter homines, de quibus hoc loco non dicimus. Itaque notabis nunc hic, traditionem hanc pertinere ad contractus perficiendos & contractibus non acquiri dominium, ſed præparari ſaltem, & veluti veſtiri, vt aiunt, traditione, ex qua transferuntur & acquiruntur dominia. Et huc pertinet *l. traditionib. 20 C. de pact.* Inquit porrò: *Cuiuscunque generis ſit.* De rebus locus eſt, quæ tradi & per traditionem acquiri & abalienari poſſunt; de quibus videbimus poſtea. Ergò regula de hac eſt iſta: *Traditio, quam præcedit contractus & cauſa de transferendo dominio, facta à domino, ſola ac verè transfert, & alteri adiicit dominium.* Sed ab hac tamen regula *infra in §. vendita* excipitur caſus & ſpecies quædam, quatenus res emptæ & non emptæ fiant ſtatim noſtræ per ſubſequentem traditionem, niſi etiam ſolutum ſit pretium, aut earum rerum nomine aliàs venditori ſit ſatisfactum. *l. quod vendidi 19. D. de contrah. empt.* Sed & iterum contra ſuperiora eſt, vbi rei dominium ſine vlla traditione acquiratur, veluti in donatione teſtamentaria rei legatæ, *l. à Titio 66. ff. de furt.* & de hoc ſuo loco. Et hæc quidem de exceptionib. ad regulam; poſtea dicemus de fictis quibusdam traditionibus Nunc prius & ampliationem regulæ in acquirendo ex ſequentibus ſubiiciemus, & de rebus etiam videbimus, quarum poſſit eſſe traditio vel non. Diximus, rem traditam à domino noſtram fieri; ſed hoc tenendum eſt, ſiue ſit ea à domino tradita, ſiue ab alio domini nomine & mandato, nihil ad dominium transferendum & acquirendum intereſſe. *§. nihil autem intereſt. infra.* Quoad locum de rebus: *Cuiuscunq.* inquit, *generis res ſit corporalis.* Res incorporales videtur excipere, quæ ſanè de manu in manum tradi, & quarum poſſeſſio dari propriè non poteſt. Et hoc primum. Poſtea videtur indicare & aliam veterem differentiam, qua diſtinguebatur inter res Italicas & alias prouinciales, quaſi res prouinciales, cum eſſent tributariæ, traditione alienari non potuerint. Sed hæc & hanc differentiam Iuſtianus ſuſtulit. Et ideo quantum ad hoc, qualescunque ſint res, ſiue Italicæ, ſiue peruinciales, ſiue tributariæ, rectè traduntur & alienantur, *vt infra in verſ. itaque.* Et, quod ad incorporales res attinet, receptum eſt, quo ad effectum ciuilem, vt patientia ſiue permiſſio ſit hoc loco traditionis, puta cum patior alium habere, & eo iure vti. Vide *in l. ſeruus 43. D. eod. l. quotiens 20. D. de ſeruitutib. l. ſi ædes 31. §. fin. D. de ſeruitutib. vrb. prædiorum.* Sic & in rebus immobilibus eſt inductio in poſſeſſionem, & traditio rei pro re. Vide etiam *in l. omnium 3. D. de vſufr. in l. poſſideri 3. §. 1. D. de acquir. poſſ. cum ſimilib.* Et eæ ſunt quaſi quædam traditiones & affinia traditionis. Atqui ſunt & alia quædam loco traditionis, vbi difficilis & impoſſibilis eſt ipſa traditio; vbi ineptum videretur, rem ex noua cauſa iterum tradere, *d. locis.* Et ſic, quo ad ſpecies, poſſumus dicere, eſſe traditionem veram & fictam, ſiue quaſi quandam traditionem, vt patientiam, inductionem in poſſeſſionem, traditionemque itidem rei pro re, vt gladii, haſtæ, annuli, &c. quod fit in beneficiis illis feudalibus; retentionem, apprehenſionem. Verùm de his deinceps plenius.

§ 35. Interdum etiam, &c.

Declarabit nunc ea, de quibus monui. Ecce ſi tibi rem commodaui & poſtea vendidi, ſufficit habere ea & retinere; & eſt iſta retentio loco traditionis. Cum emuntur merces in horreo, vina in cellà vinaria, ſufficit in re ſanè præſenti claues tradi loco mercium; ſic in heſterna lectione dixi, annulus, haſta vel gladius pro re tradi ſolet. Rurſus cum ſpectaculi & publicæ lætitiæ cauſa miſſilia proiiciuntur in vulgus, quod olim faciebant Conſules Romani, (nunc fit in inaugurationibus Principum) quod quisque apprehenderit,

rit, id ipsius erit, quasi ex domini traditione & voluntate.

§. 37. Qua ratione, &c.

Ex occasione annectit aliam disputationem, de rebus pro derelicto habitis, & postea etiam cum iis confert ex eadem *l. 9. D. eod.* res in necessitate, veluti ob naufragii periculum abiectas, & ex hoc rursus facit mentionem earum rerum, quæ propriè sunt in deperdito, quæ amittuntur & relinquuntur inscienter, & ab aliis inueniuntur. Principio de rebus pro derelicto habitis, *de quibus tit. Pand. pro derelicto*, eæ sunt, quas ipse dominus derelinquit, id est, eo animo abiicit & deserit, q̃ illas ampliùs in suis bonis habere nolit, vt sint nullius deinceps; & ex hoc, quantũ ad ius acquisitionis, de quo agimus, efficiuntur cuiuslibet occupãtis, secundum regulam de hac re ante traditã. Nam & hæc ad primum modum refero, *vt in l. 1. D. pro derelicto.* Porrò verò, an pro derelicto sit habitum, quæstio facti esse solet? Neque enim suum iactare quis facilè creditur, vide igitur *in d. l. 9. §. vlt. D. eod. & in l. falsus 4. § si iactum. D. de furt.* Atque, vt pro derelicto habitum, quando dominus, vt dixi, abiecit, occupantis fit, sic econtra, quod abiectum est, necessitate quadam, veluti ex naui intempestate eius seruandæ leuandæque causa, id priorum dominorum nihilominus remanet, & qui aufert, & domino inuito retinet, furtum committit. *dict. l. 9. § fin. d. l falsus. § si iactum, item d. l. leuanda 8. D. ad l. Rhodiam. l. 1. C. de naufragiis. D. tit. de incendio, ruina & naufragio.* Contraria sunt responsa Vlpian. in hac *l. falsus.* & Iauoleni *in l. leuanda 8. D. ad l. Rhodiam.* Iauoleni sententiã vt æquiorem probat hic Hottomannus, & nunc de deperditis. Supra dicebatur de thesauro, eũ esse inuentoris & occupantis. Sed additum est, qui sit verè thesaurus; siquidem pecunia ab alio reposita, recondita & defossa custodię vel metus causa, &c. thesaurus in ea materia non dicitur, sed tenetur inuentor restituere, aut obstringet se furti *l item Labeo 21. D. fam. ercisc. l. thesaurus 15. D ad exhibendum. l peregrè. 44. D. de acq poss. l à tutore 67. D. de rei vendic. & l. nunquam 31. D. eod.* Quo ad alias etiam res deperditas & quæ inueniuntur, nec eæ ad inuentorem pertinent, sed restituendæ sunt domino, q̃ si inuentor Dominum rei amissę nesciat, scribitur libellum proponendum, vide *in l. falsus 44 §. qui alienum quid iacens. D. de furt.* Quod si post propositum libellum aut etiam factam proclamationem nemo tamen veniat, qui suum esse dicat, & suum petat, scribunt Dd. conferendum id in vsum pauperum; indigentem tamen inuentorem sibi seruare posse, quasi beneficio & prouidentia diuina sibi destinatum. Ita Ioan. Faber *hic.* Quod ad præmium indicii siue inuentionis, quod vocant *μιμήνυτρον*, scribit Vlpian. *præd. loco* non probè id peti, accipere tamen licere.

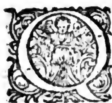
Hæc igitur hactenus de his modis legitimè acquirendi dominium ex iure communi gentium. Pertinent etiam huc cõtractus, qui itidem verè ex Iure gentium veniunt, ad rei familiaris rationes & ad augendam legitimè rem nostram familiarẽ. Sed aliud sunt contractus, aliud modi acquirendi dominium, & habent tamen contractus, vt nuper ostendi, inter hos modos suum illũ, quo absoluantur & perficiãtur, nempè traditionem vel quasi, vt sit & in his, quantum ad finem & exitum rei spectetur, modus acquirendi. De ipsis verò contractibus, qui traditionem instruunt alio loco dicemus. Hic etiam disputare deberemus: an inter modos acquirendi sit etiam vsura? Porrò tamen ad locum hunc de comparando dominio legitimè, (vbi secus fiat, id est, si non sit res legitimè quæsita, supplent etiam Leges & Canones Ecclesiastici, & tradunt hãc regulam: *Peccatum non remittitur, nisi restituatur ablatum*, cap. peccatum *de reg. iur. in 6.* vt licet hæc pulchrè cognoscere apud Didacum Couarruuiam in ea ipsa regula) ad hunc inquam locum, vbi variæ adhuc legitimæ acquisitionis

quisitionis rationes, genera & species rectè quæsitæ & tractatæ sunt, quæri potest de fœneratione, an sit legitima acquisitio? Item quæri poterit de iis, quæ parta siue acquisita sunt ex ludo, veluti alearum, chartarum, &c. Sed, proh malum, licet hæc & alia multa cum natura iustitiæ pugnent, & legibus aduersa sint, tamen eò deuentum est in hoc nefario seculo, quod neque Deum, neq; homines, neq; fas & æquum, neq; leges vllas reueretur, vt hæc omnia titulo consuetudinis, & morum vetustatis & præscriptionis excusare & tueri audeant; cum tamen in literis diuinis populo illi electo dictum legamus: *In statutis maiorum vestrorum nolite incedere, nec mores eorum custodiatis. Ego Dominus vester, in præceptis meis ambulate, & iudicia mea custodite & facite ea*, Ezech. 20. Itē: *Iuxta consuetudinem eius terræ non facietis, & iuxta morem regionis nōn agetis, nec in statutis eorū ambulabitis: facietis iudicia mea & præcepta mea seruabitis, & in iis ambulabitis.* Leuit. 18. & 20. Ecquid igitur proficiemus, etiamsi omnia quam diligētissimè exquisiuerimus & excusserimus? Seneca dicebat, ꝙ & laudatissimæ & felicissimę memoriæ D. Lutherus alibi citat de vsuris: *Deest remedii locus, quādo vitia traseunt in mores.* Sed tamen, ꝙ ad fœnerationem attinet, adducā in pręsentia saltem locum hominis Ethnici apud Cicer. 2. *Offic.* vbi cum à Catone idem quæreretur, ꝙ nos nunc agimus, nempè, de modis legitimè curandæ rei familiaris; & respondisset quædam pertinentia ad agriculturam, & cum alter iam iterum quæsiuisset, quid fœnerari? (nempè conferre?) Resp. ille, quid hominem occidere? quasi dicat, fœneratorem ipsos homines miserè conficere. Quod tamen ad vsuras attinet, quæ ex causa pro eo, ꝙ interest, & propter moram non soluentium petuntur, vbi Christianis & piis nihil charius esse debet, quàm ipsa charitas, quæ cum fide necessariò cohæret, nisi sit ea fides inanis saltem verborum sonus, quid facere oporteat, pulchrè dicebat ille ex Iurisconsultorum prouerbio: S*eruandum hoc, vt nec omnia, nec passim, nec ab omnib.* scil. accipiantur aut exigantur. *l. solum 6. D. de Offic. Proconsulis.* Verùm de his alibi & suo loco dicemus, & explicabimus tunc, quem tamen etiam modum in ea re filiis huius seculi (vt Leo Imperator in Nouel. innuit) leges imposuerint, ne cum aliena & multorum sanè iactura & longè atrocissimo detrimento cupiant ditescere. Atque hic illud tamen etiam agnosco, plusquā sceleratam multorum ingratitudinem eorum, in quos conferuntur beneficia, & quibus credēdo bene fit, & moram non soluentium occasionē etiam dare ad duriores Constitutiones, ꝙ Christus etiam futurū prędixit Matth. 24. vers. 12. Equidem qui dixit: *Non opprimes fratrem vsuris,* idem alibi quoq; dixit: *Da & redde proximo in tempore suo; da cuilibet, quod debes* Eccles. 29. ad Rom. 13. Iterum dico, quod dicere soleo: Quando non volumus dare debita, cogimur sæpius dare indebita. Quo ad ea, quæ ex lusu comparantur, breuiter saltem hic indicabo. Iustis ex causis, quia homines semetipsos miserè propria exuunt substantia, quia cōmittuntur hic multa peccata & blasphemiæ, quia in his ludis nō est exercitium virtutis & fortitudinis, sed fortunæ tantū, quia studetur hic pessimè auaritiæ, hoc genus acquisitionis damnatum esse & legibus etiam prohibitum. Hoc tamen nullo iure prohibitum putauero, nec inuenio, honestè & modestè sine auaritia, animi saltē laxandi causa & pro modico, præsertim ad ædulia in conuiuio hos ludos exerceri, vide *D. de aleatorib. vbi præsertim in l. fin. item C. de religios. &c. & alea lusu & aleatorib. vbi in l. fin.* & ibi Dd. & Alexandrum ab Alexandris *lib. 3. c. 23.* Iodocum Damhoud. *in practica criminali. c. 26.* Ciceronem etiam *lib. 1. Offic. ad fin.* vbi eius interpres. Aristotelem 4. *Ethic. c. 1. ad fin* Cornelium Tacitum *de Germania*, vbi de pessima hac consuetudine apud Germanos, &c. & in iure Sax. *lib. 3. art. 6. & ibidem glossam.*

DE RE-

DE REBVS CORPORALIbus & incorporalibus.

TITVLVS II.



Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & deníque aliæ res innumerábiles.

§. 2. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea, quæ in iure consistunt, sicut hereditas, vsusfructus, vsus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quòd in hereditate res corporales continentur. Nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerunque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum ius hereditatis, & ipsum ius vtendi fruendi, & ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura prædiorum vrbanorum & rusticorum, quæ etiam seruitutes vocantur.

COMMENTARII.

HÆc pertinent ad partem tituli prioris primam, vt id claré significat Caius *lib. Inst. 2.* & extat *in l. 1. D. de rer diuis.* Vsus autem huius quæstionis & distinctionis postea intelligetur; nunc prius videamus de ipsis rebus corporalibus & incorporalib. Res corporales, (vt pueri in scholis discunt) sunt quæ tangi & videri possunt, videlicet substantia quædam corporea, quæ tribus hisce dimensionibus constat, longitudine, latitudine, & profunditate. Res incorporalis incorporeum quiddam est, siue substantia, siue quid aliud, &, vt hic dicitur, quod tangi & videri non potest. Sed de his latius disputant Philosophi. Quod ad vsum iuris nostri attinet, dicit Cicero *in Topicis lib. 3* has res non esse, hoc est, non existere corpore, sed intelligi Et hic scribitur in iure eas consistere, id est, Iura esse, & iura plerunq; dici, quod in scholis dicimus, ius de iis prædicari. Et ad eas res potissimùm pertinent actiones illæ confessoriæ & negatoriæ, de quibus *lib.* 4. Sunt autem inter has ipsas res seruitutes, de quibus subiicit tit. sequent. Nunc quod ad præcipuam occasionem huius tit. & capitis attinet, ita res se habet. Quando hactenus potissimùm dixit de acquisitione rerū corporalium, vult nunc quoque de rebus incorporalibus, vtrum & quando eæ etiam acquirantur, dicere. Inprimis autem necesse habet ostendere, quæ & quales sint res eæ incorporales, quod etiam facit potissima parte eius tituli, qui iam sequitur.

DE SER-

DE SERVITVTIBVS RVsticorum & vrbanorum prædiorum.

TITVLVS III.


RVsticorum prædiorum iura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus.

§. 2. Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum.

§. 3. Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: sed qui actum habet, & iter habet, eoq; vti potest etiam sine iumento.

§. 4. Via est ius eundi, & agendi, & ambulandi hominis: nam iter & actum via in se continet.

§. 5. Aquæductus est ius aquæ ducendæ per fundum alienum.

§. 6. Prædiorum vrbanorum seruitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent. Ideo vrbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia vrbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item vrbanorum prædiorum seruitutes sunt hæ, vt vicinus onera vicini sustineat, vt in parietem eius liceat vicino tignum immittere, vt stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat, & ne altiùs quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat. Inter rusticorum prædiorum seruitutes quidam computari rectè putant aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

§. 7. Ideo autē hæ seruitutes prædiorum appellantur, quoniā sine prædiis cōstitui non possunt. Nemo enim potest seruitutē acquirere vrbani, vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisq̃ debere nisi qui prædiū habet.

§. 8. Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altiùs tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat, vel vt patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve aduersus eum habere, vel vt patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

COMMENTARII.

INter eas res incorporales', de quarum vsu acquisitioneque quæritur, sunt præcipuo quasi loco Seruitutes, quæ etiam propter relatiuū nomen iura prædiorū dicuntur, & ita supra *in fine tit. præcedentis & hic in initio.* Ergò de his nunc dicet. Locus autē hic vt maximus est & maximi momenti, ita difficilis & pobscurus. Et imprimis traditur breuis aliqua harum seruitutum definitio, ex qua veniatur in rei notitiam, vt intelli-

gatur verè, quid sit hic seruitus, & quorsum hæ seruitutes pertineant? In hoc igitur laborabimus primò, & quantum eius fieri potest, de hoc breuiter edocebimus. Post hæc verò in textu & tit. hoc proponuntur hæc potissimùm capita. I. De diuisione, quotuplex sit seruitus, & quam variè diuidatur? II. Tum quæ & quanta sint singularum seruitutum præcipua exempla? III. Ad extremum, quod ad hunc locum propriè pertinet, quando constituatur & nobis acquiratur seruitus?

Nunc quo ad priorem illum locum, ordiri nos decet paulò altius, si rem exactius cupimus cognoscere. Quid sit seruitus, quæ persona seruiat personæ, libro priori audiuimus; sed id nihil cum hac re habet commune; hic (vt nostis) agitur de rebus. Quemadmodum tamen homo naturaliter suus & sui iuris, & contra naturalem libertatem, siue amissa ea libertate, seruire seruitutem debet, & alieno arbitrio siue iuri esse subiectus: ita res quoque nostræ (puta prædia & fundi) nobis liberæ esse solent; & si quid inde commoditatis aut fructuum existere potest, id iure & beneficio eius nostræ libertatis & liberi vsus in fundo nostro, nostrum est & esse solet, non alterius; neque tamen ea in re seruitus est. Et ita primum intellige, quod scribitur: (*in l. vti frui 5. D si vsufr. pet*) *Res sua nemini seruit.* Atqui potest tamen res ipsa nostra esse & nostra manere, vt ab ea vtilitatem aliquam separemus, & alii amico vicino concedamus, vtputa in fundo nostro, in solo, in supeficie, in ædificio; & quidem in prædio toto aut aliqua eius parte. Vide *in l. seruitutes 3. l. ad certas 6. l. pro parte 11. D. de seruitutib.* Et potest sanè etiam fieri id, vt tamen nobis ipsis exinde non magna vtilitas aliqua auferatur, aliis verò magna nihilominus concedatur; vbi (vt de æquitate rei nunc etiam videamus) illud valere debet, quod scribit alibi Iurisconsultus in hoc genere disputationum: *Quod tibi non nocet & alteri prodest, ad id scias te iure natura teneri. l. in summa 2. D. de aqua & aqua pluuia arcenda.* Hæc itaque separatio cum fit, nimirum, vt alterius quod est, nobis & rebus nostris vtilitatem & commoditatem præstare debeat, seruitus hæc existit, vt alterius res prægrauetur, in qua nos ius aliquod habemus. Ergò ad seruitutē hoc requiritur, vt res, hoc est prædium sit alienū, in eo quid habeam, quidve agam, quod mihi rebusq; meis certam aliquam præstet vtilitatē, quod tamen nec iure communi, nec natura vel lege ipsa in alieno haberem. Porrò, vt sit propriè seruitus, illud ampliùs vel addi solet, vt hæ seruitutes perpetuam habeant causam. Et sic dicunt, seruitutes natura sua perpetuas esse, & alienam habere causam, quamuis continuā possessionē non semper habeāt; & magis considerabitur natura & potentia, quandocunq; lubet, vtendi, quod cōtinuus actus sufficere quippè debet, posse quando vti; & actū seruitutis posse semper existere. *l. foramen 27. D. de seruit. vrb prad* D. Cuiacius *lib. obseruationum 3 c. 28.* & D. Wesemb. & de his rebus ad veram & propriam seruitutem requisitis cum aliis plerisque vide *in l. quotiens 15. D. de seruit. l. etsi forte 6. §. etiam. l. sicut antē 8. §. distant D. si seruitus, &c. l. vt pomum 8. l. in fundo 19. l. ergò 5. in fin. D. de seruit. vrb prad. l. seruitutes 19. §. si antea. D. de seruit. vrb. prad. l. 1. §. pen. & vlt. D. de aqua pluuia arcenda. & d. l. foramen.* Itaq; *seruitus*, de qua nunc agimus, sic definiri potest: *Est ius agendi habendiue in pradio alieno ad sui pradii vtilitatē, quod iure cōmuni agere habereue nō licet.* Ita Francis. Connan. Ego putauero paulò plenius, quoad naturā huius seruitutis explicandā, sic definiri posse: *Seruitus est ius agēdi quicquā habendiue in rebus alienis, veluti in pradio alieno, ad suam suaue rei ac pradii vtilitatē, quod iure communi agere habereue non licet, & quod non natura vel lege, sed ciuiliter imponitur.* Et hæc de definitione. Deinceps ad diuisionē, si quidem ea ipsa seruitus, de qua iā agimus, vel à rebus alterius mobilib. vel immobilib. personæ alicui tātùm debetur, non rei ēt: vel ab

vnius

vnius reb. non personæ, sed rei, puta prædiis ipsis debetur. Hæc rei siue rerum & realis & prædialis seruitus est; quæ & sine prædio cõstitui non potest, *vt infra.* Prędiũ hic intelligimus quamcunque possessionem rei immobilis, hoc est, fundum, agrum, domum, aliudve ędificium *l. fundi. l. quæstio. D. de verbor. sign.* Et hæc prior est seruitutum diuisio ex *l. 1. D. eod.* Iam porrò seruitus illa realis & prædialis, quæ à prædiis debetur, aut rustico prædio debetur, hoc est fundo, aliiue prædio, fructuum prædio comparato: aut vrbano, id est, ædificio huius habitandi causa extructo. Illa seruitus rustica & rustici prædii dicitur; hæc vrbana siue prædii vrbani. Vide *in l. vrbana prædia 198.* & ibi Alciatum *D. de verb. signific.* Iam, quod ad effectum huius rei attinet, ita ea res habet. Personales seruitutes, quia personis debentur, personis omninò cohærẽt, & vnà cum iis intereunt: Reales verò rem semper comitantur. Verbi gratia: Vsusfructus personalis seruitus est, quæ personis debetur. Mortuo itaque vsufructuario, vsusfructus interit, & non ampliùs debetur; Verùm etsi dominus, cuius domui debetur ius stillicidii, moriatur, manet ius & seruitus, quæ rei inhęret. Vide *in l. sicut 83. § fin. D. quibus mod. vsusfr. amit.* Hoc tamen commune est his seruitutibus, quod sublata & interempta ea re, quæ ipsa seruitutem debet, hoc est, corpore ipso, prędio siue fundo, ea seruitus & id onus ampliùs deberi non potest, cum res à quo debetur, sit sublata. Vide *l. est enim 2. D. de vsuf. l. repetis. §. rei mutatione. l. cum vsufr. 24. D. quib. mod. vsusfr. amit.*

Nunc de ipsis videndum est seruitutibus prędiorum, tam rusticis, quàm vrbanis, & præcipuis speciebus his propositis. Rusticorum prædiorum seruitutes diximus esse eas, quę debentur prędio rustico & ad vtilitatẽ prędii rustici, eas ait esse veluti iter, actum, viam & aquęductum. Huc pertinent aquę haustus, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendę, arenę fodiendę, *vt hic & infra in §. rusticorũ.* Ergò vt ad meum fundum, ad meum prædium, per tuum prædium transire mihi liceat, vel per pedes, vel cum iumento, vel cũ vehiculo, & quandocunque seruitute mihi opus est. Et vocantur eæ seruitutes iter, actus, via. Et iam has seruitutes, quæ hic & alio loco infra *lib. 4.* proponuntur, breuiter ex Pandectis *sub illo tit. de seruitutib.* explicabimus. Vos consulite latiùs ipsas Pandectas, & videte Bartholomæum Capollam *de seruit.* Imprimis iter hominis est, vt aiunt, actus pecudum, via vehiculorum; & omninò plus est in actu quàm in itinere. Et plus in via, quàm in actu; qui actum habet, iter habet, hoc est commoditatem itineris. Sunt tamen hæ diuersæ seruitutes. Distant etiam suo spatio. Vide, vt dixi, latiùs *in Pand.* Item in Iure Sax. *lib. 2. art. 27.* Aquæductus est ius ducendæ aquæ, hoc est, vt liceat tibi ex meo fundo ducere aquam. Aquæ haustus ius est hauriendæ aquæ tuo fundo necessariæ. Alia est seruitus pecoris appulsus, nempè ius est, vt liceat tua pecora in meo fundo aquare. Sic est seruitus pecoris pascendi, calcis coquendæ, & si quæ sunt alię rationes ex re nostra commodandi proximo siue vicino. De quo vide latiùs *in Pandect.*

Iam ad seruitutes vrbani prędii, quæ inhęrent siue debentur vrbanis prędiis ad commoditatem eorum. Hic primum commemoratur seruitus, vt vicinus onera vicini sustineat, quę est seruitus oneris ferendi, nempè, quod cogitur quis vicini onus ferre cum ædificat, ad quod etiam oportet reficere parietem, vt sit idoneus ferendo eiuscemodi oneri, puta trabes ipsius & tignum. Alia tamen hic etiam est seruitus tigni immittendi, & qui eam debet, saltem tignum vicini recipere debet; (& qui hanc seruitutem habet, cogi, vt vicinum parietem reficiat, non potest.) de quo vide *in l. eum debere 33. D. de seruitutib. vrban. præd. & in l. tignum 8. §. distant. D. si seruitus vindicetur.* Ampliùs numeratur hic seruitus stillicidii

& fluminis, cum vicinus in suam aream nostram aquam pluuiam, nostrum stillicidium, nostrum flumen recipere cogitur. Distat autem stillicidium à flumine, quod illud stillatim & leuiori impetu ex tectis soleat cadere; hoc verò grauiori vehemẽtia ex canalibus & alueis aquam pluuiam dimittat. *l. seruitutes. quæ 19 D. de seruit. vrb prad.* Est & alia seruitus, ne altius quis ædes suas tollat, ex quo sanè vicino noceri potest obscurando eius ædes & lumina. *Vide in l. cum eum 8. D. de seruit. vrb. prædiorum.* Porrò infra *lib. 4 tit. de act. § aque.* proponitur & contraria seruitus, vt liceat ædes altius tollere, vt & hic cõmemorantur illis contrariæ, ne stillicidium tuum recipiant. Sed hoc quæritur, quomodo talia cum definitionibus & cum natura seruitutis conueniant? Quod quid sit, facilè intelligũt qui rectè discunt. Fatigantur autem in ea quæstione vehemẽter omnes Dd. vt videbis apud Interpretes, sed verius videtur respici ad hũc casum, si ante debuisti mihi seruitutem, ne altius ædes tolleres. Item, vt stillicidium meum reciperes, eamq; postea remisi, cum contraria seruitute imposita ædib. meis, nempè vt liceat altius ædes tollere, ne cogaris stillicidium meum recipere, hoc casu seruitutem habes in alieno, vt liceat altius ædificare, vt stillicidium non recipas. Ita Dn. Cuiacius, Hottomanus, Balduinus, Cornelius Fibulanus, & inter antiquiores Ioan. Faber. Aliud alii, sed quod non satis puto subsistere. Pergo nunc ad cætera exempla. Dixi de seruitute, ne altius ædifices, ne officias luminibus. Est & alia seruitus, ne luminibus tuis officiam. Nam potest hoc aliter etiam fieri quàm tollendo ædificia. Itaque differt ab illa, ne altius ædifices, cum & generalior sit. Vide *in l nimium 3. l. ædificia 11. l. inter seruitutes 14. cum duab. seq. D. de seruit. vrb. prad.* Est rursus seruitus, quæ speciatim dicitur Seruitus luminum, qua efficitur, vt vicinus lumina nostra excipiat, vt in eius pariete cæco fenestras aperire & dimittere possim. Vide *in d. l. 3. & d. l. vlt. de seruit. vrb. l. altius. C. de seruit.* Sanè videtur in meo pariete naturaliter me iureq; communi posse lumina & fenestras facere; aut vt hoc non liceat, seruitute vicino opus esse in meo. Equidem, si nolit à me conspici, potest ipse oculis meis quid obiicere, veluti parietem aut maceriem, nisi fortè & ipse mihi seruitutẽ contrariam debeat. Non licet tamen rursus vicino ex tali fenestra molestũ esse, & in ipsius aream aliquid immittere, veluti proluuiem. Est & seruitus prospectus, quam debet, cui non licet in suo id facere, quod alterius liberiorem & gratiorem prospectum impediat. Vide *in l. inter seruitutes 4. D. de seru. vrb. prad.* Et est proiiciendi fortè, cum licet in alieno quid habere proiectum, vel proeminens. Vide *in l. malum 242. D. de verb signific.* Et hæc de seruitutibus his & iuribus, quæ sanè sunt vicinis & habitantibus valdè commodæ & vtiles.

Iam tandem postremo loco videndum est de acquisitione harum seruitutum, & quomodo nobis constituantur & acquirantur? De quo *in § fin.* Et ait constitui eas pactionibus & stipulationibus, quod exponunt conuentionibus stipulatione confirmatis. Et est vsitata talis formula: *Promittis per te non fieri, quo minus mihi, heredíq; meo per tuum fundum ire agere, &c. liceat?* Resp. *promitto*, vide *in l. idem iuris 3. cum l. sequenti. D. de verb. oblig.* Sed & per alios contractus, per venditiones, &c. constituuntur, vt benè monuit Accurs. vide *in l. Ratio possessionis 3. § si iter. D. de act. empti.* Imo conferuntur etiam donationibus & testamentorum legatis, *vt hic.* & vide *in l. potest etiam 16. D. communia prædiorum, & tit. Pand. de seruitute legata.* Et cõstitutæ quidem simpliciter per pactiones & promissiones, deinceps nostræ sunt quasi traditionibus, vbi concessio & patientia est loco traditionis, vt alio loco dixi, vide *in l. 1. in fin. D. de seruit. rust. prad l. quotiens 20. D. de seruit. vrb. prad.* De vsucapione paulò post suo loco dicemus.

DE VSV-

DE VSVFRVCTV.

TITVLVS IIII.



Susfructus est ius alienis rebus vtendi fruendi, salua rerum substantia. Est autem ius in corpore; quo sublato, & ipsum tolli necesse est. Vsusfructus à proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit, vt ecce, si quis vsumfructum alicui legauerit. Nam heres nudam habet proprietatem, legatarius verò vsumfructum. Et contra, si fundum legauerit, deducto vsufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres verò vsumfructum. Item alii vsumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento verò si quis velit vsumfructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in vniuersum inutiles essent proprietates, semper abscedente vsufructu, placuit certis modis extingui vsumfructum, & ad proprietatem reuerti.

§.2. Constituitur autem vsusfructus non tantùm in fundo & ædibus, verum etiam in seruis & iumentis, & cęteris rebus, exceptis iis, quæ ipso vsu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque ciuili recipiunt vsumfructum, quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso vsu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed vtilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum vsumfructum constitui, vt tamen eo nomine heredi vtiliter caueatur. Itaque si pecuniæ vsusfructus legatus sit, ita datur legatario, vt eius fiat, & legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, vt eius fiant: sed æstimatis his, satisdatur, vt si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum vsumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi vsumfructum constituit.

§.3. Finitur autem vsusfructus morte vsufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non vtendo per modum & tempus, quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur vsusfructus, si domino proprietatis ab vsufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si vsufructuarius proprietatem rei acquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræmotu, vel vitio suo corruerint, extingui vsumfructum, & ne areæ quidem vsumfructum deberi. Cùm autem finitus fuerit totus vsusfructus,

reuertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

C O M M E N T A R I I.

POst prædiorum seruitutes, quas vocant reales, & absolutè dicunt seruitutes, subiicit seruitutem personarum, & imprimis vsumfructum, cum quo postea etiam confert vsum. *Vsusfructus*, inquit, *est ius vtendi fruendi rebus alienis, salua rerum substãtia.* In pleno integroq; dominio est proprietas, est vsus & fructus rei, vide *in l. vsusfructus 4. D. eod. tit.* & præcipiunt hæc etiam separationem, vt dominium siue proprietatem quis retineat, vsum & fructum in alium transferat, quemadmodũ supra etiam in genere de seruitutib. proposuimus. Et dicitur vsusfructus seruitus personalis, quæ personæ inhæret, nempè in personam confertur *l. 1. D. de seruit. vide & l rectè dicimus 25 D. de verb sign.* Vsumfructum itaque concedens penè totum rei vsum sibi intercipit & in alium transfert. Non est tamẽ adhuc plena omninò in ea re alienatio. Nam & ꝓprietatem retinet, & ad eum etiam nonnullæ obuentiones redeunt, de quo postea audiemus. Imò proprietarius is verè dominus dicitur, alter vsufructuarius, & vulgo dicunt, partes esse dominii proprietatem & vsumfructum, de quo monui *ad initium huius tit.* Sed tamen & vsufructuarius dominus dicitur, nimirum dominus vsusfructus, vt alius sit dominus proprietatis, alius dominus vsusfructus. Quo alludit ille apud Ciceronem *lib. 7. Epist. 29.* Sum χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ *Attici nostri.* Quod exponit idem Cicero *in Epistola sequenti.* & monet doctissimus Budæus. Sed tamen magis propriè dominus dicitur proprietarius, vide Dn. Cuiac. *lib. obser. 10. c. 16.* Equidem & vasallus, siue cliens aut feudatarius, in feudo vsumfructum dicitur habere, expresso textu; & verus dominus feudi qui dicitur, senior siue superior proprietarius dicitur, *vt lib. 2 feudor. tit. in quib caus. feud. amitt.* Vulgò faciunt hic vtile & directum dominium ꝓpter actiones. Sed de his monui præd. loco *supr. tit. huius lib. 1 ad §. singulorum.* Illud tamẽ ad eam rem pertinet, quod in feudo alius sit vsusfructus: in eo enim plenior omninò est & vberior; sed de his cognosces suo loco.

Nũc igitur dicemus de definitione nostra, & postea de cæteris capitib. nempè, quarum rerum possit esse vsusfructus; quid sit in vsufructu singularũ rerum, quomodo vsusfructus constituatur & acquiratur, quib. modis finiatur? Est etiã aliquid dicendum de differentia vsusfructus. Et quidem de his videbimus pcipuè in ipsa definitione & cõferemus etiam præcipuè tit. sequentes. Quomodo tamen vsusfructus cõstituatur, sufficiat cognoscere ex præcedentis tit. doctrina generali. Nam eadẽ est ratio. De finiẽdo vsufructu videbimus etiã aliqua seorsim. Sed ad definition. quæ extat iisdem verbis *in l. 1. D. eod. Vsusfructus*, inquit, *est ius.* Hoc gen⁹ est, de quo habes *in tit. 2. huius lib.* Dicit, *est ius in reb. alienis*, nimirum: *res sua nemini seruit*, vt supra diximus, *l. vti frui 5. D si vsusf. petat.* Dd. tamen hic cõminiscuntur vsumfructum causalẽ & formalem. Sed de his vide istos. Additur, *est ius vtendi fruendi.* hoc verbo ostẽdit plus esse in vsufructu q̃ in vsu; & distinguit vsumfructum ab vsu, qui fruitur etiam vtitur, sed non ecõtra. Frui est omne omninò emolumẽtum percipere & suũ facere, & non modò ad vsum sed etiã vsq; ad lucrum, ad cõpendium, vt superfit, quod redũdare possit ad alios, ad heredes. Qui vtitur, saltem vtitur solummodo ad vsum quotidianũ, ad necessitatem suam, suæve domus & familiæ, non vsq; ad cõpendiũ & voluptatem. Nam quæ supersunt, domini permanent. In summa minus est in vsu q̃ in vsufructu; & qui vtitur, vtitur saltem, non abutitur, vide *de his in l. plenum 12. l. per seruum 14 §. 2.*

14. §. 2. D. *de vsu & habitatione.* & *infra tit. seq.* Atque hinc illud etiam fit, quod vsufructuarius ius suum in alium quemlibet transferre, alii donare, locare, possit, vsuarius id nō possit. Neq; n. interest, quis fruatur; sed interest, qs vtatur. *infra tit. sequenti* Hinc quoq; vetus illa quæstio, vtrū Clerici & Sacerdotes in redditibus & beneficiis Ecclesiæ vsuarii sint, an vsufructuarii? In quo tamen magna est respondentium diuersitas; sed & magna est varietas temporum & casuum. De veris & legitimis Ecclesiæ ministris, qui quod beneficium habent stipendii loco, & loco mercedis, pro honestissimo, vtilissimo & maximè necessario labore in ministerio habent. De his inquam, quod scripsit sanctæ memoriæ D. Præceptor Phil. Melāchthon, mihi verissimum videtur. Qui beneficia & Canonicatus, &c. vt vocāt, in Papatu possident, domini quidem, vt notū est, istorum beneficiorum non sunt, verùm sunt ea veluti quædam feuda, etsi propriè nō sint talia, quæ nec in perpetuum dantur, sed post mortem saltem redeunt ad Ecclesiam & Capitulum, vt vocant. Ii, dico, ad quam rem, siue propter quod beneficium possideant, notum est, vt non possint ii sine impietate ista bona abligurire. Quo ad eos, qui hodiè in terris & Ecclesiis vtcunq; Reformatis hæc bona Papalia possident, cum in otio ferè & in deliciis viuunt, & non in negotio veræ & salutaris ministerio, ego semper hoc spectandū censeo, quod pulchrè vereq; dixerunt veteres Canones: *Bona Ecclesiæ sunt bona pauperum*, quibus vti oportebat & non abuti, & ne defraudentur alii pauperes. Sed tamē ad ligurionē istū in pompa, in luxu, alibi dixi: *Semel Deo dicatum, non est ad alios vsus profanos transferendū.* Sed redeo ad verba definitionis. Amplius igitur, quantum ad hunc locum de vsu & fructu, solet hoc etiam quæri, vtrum res sit in vsufructu, an saltē in vsu? & quid sit & cōtineatur in vsufructu? Equidē, vt iā antea monui, habet vsufructuarius ex ea re omnē rei vtilitatem, omnem vsumfructum. *l. vsumfr. legatum 7. & l. arbores 59. D. eodem.* Quid autem in cuiusq; rei vsufructu sit, ex re ipsa spectari solet; & quædam tamen etiam ad proprietarium quasi verissimum dominum, vt iam antea dixi, magis deuoluuntur. Et hoc est quod *supra tit. 1. de vsufructuario* proposuerat, vsufructuarium omnes etiam fructus suos facere. *§. in verò.* Item in pecudum fructu esse fœtum, lac, pilos, lanam, & similia, *§. in pecudum.* Partum tamen ancillæ ad vsufructuarium non pertinere, sed ad proprietarium. Nō placuit enim hominem in fructu numerari, de quo vetus fuit quæstio *§. partus vero ancillæ, item l. vetus fuit quæstio. 68. D. eod.* Sic & Insula nata accedit ad proprietatem, siue auget proprietatem. *l. item si fundi 9. §. huic vicinus. D. eod.* Idem respondent quidam de thesauro. Quo ad vsum & fructum, res erit magis perspicua collatione duorū titul. Ecce ex alienis pecorib. vti lacte & lana in vsufructu est, non in vsu, id est, vsusfructus est non vsus; ad vsufructuarium pertinet, non ad vsuarium, *vt infr. tit. seq.* Sequitur nunc amplius in definitione, *salua rerum substantia*; quæ verba de multis etiam commōnefaciūt; & imprimis discernere hic etiam possumus vsumfructum à verò dominio. Nempè, res ipsa, in qua spectatur vsusfructus ipsi proprietario debet manere salua. Deinde indicatur etiam hic, quarum rerū possit esse vsusfructus; nimirum earum solummodo, quæ præter substātiam & præter id, quod sunt, aliquam vtilitatē & aliquem fructum ex se præstāt, quæq; ipso vsu non possunt absumi siue consumi, quales sunt imprimis res immobiles. Et efficitur pecuniæ numeratæ, olei, vini, frumenti, &c. vsumfructum dari non posse, quando harum rerum extra ipsius rei consumptionem & abusum nulla alia ferè est vtilitas. Hic tamen notandum, Legumlatores Romanos vtilitatis causa iussisse & statuisse, vt & hoc modo liceat alteri gratificari, & harum quoque rerum vsumfructum quendam dare siue concedere, vbi saluandæ rerum ipsarum substantiæ loco interponitur cautio & satisdatio de restituenda re tanta, vel de restituenda

rei consumptæ æstimatione, vt ecce, si quis testamento suo leget alicui 100. aureorum vsumfructum, cauebit vsufructuarius heredibus adueniente die se eam pecuniam restiturum, *D de vsufr. earum rerum quæ vsu consumuntur, vbi in l. 1. & 2.* Amplius monent hæc verba, quamdiu vsusfructus debeatur? nimirum tamdiu saltem, quamdiu ipsum etiam corpus, ex quo vsusfructus debetur, superest. Nam extincta re extinguitur fructus, qui ex eo debetur. Ex re enim debetur, de quo supra in genere monueram. Et efficitur itaque, vt si vsusfructus fundi alicui debeatur, & is fundus perierit, veluti alluuione, vt vsusfructus is deinceps non debeatur. Equidem perit etiã vsusfructus cum persona, hoc est, mortua ea persona, cui debetur. Et hinc est, quod supra *tit. 1.* quærebatur de fructibus maturis quidem, sed nondum perceptis, vtrum ad vsufructuarium pertineãt, an non? Sed de modis finiendi vsusfructus postea. Nunc pergimus in explicanda definitione. Et quidem iam quartò & vltimo commonefaciunt etiam hęc verba, vsufructuariũ de suo officio, nempè, vt ita vtatur fruatur, vt res tamen ipsa salua maneat domino, qui ne frustrà omninò sit dominus, aliquando spectat rei & vsusfructus ad se reditum. Itaq; cum vtatur fruatur re aliena, & non habeat eam rem pleno dominio, vel etiam perpetuo sit fidus, ita vtatur, vt bonus & diligens paterfamilias rebus suis vti solet, quo nomine etiam repromittere & satisdare ante solet. Et, vt alio loco etiam dicitur, rem proprietarii & domini meliorem facere, non deterioré decet. Vide *D. vsufructuarius quomodo caueat. vbi in l 1. §. cauere, cum similib.* Huc etiam pertinet quod *supr. tit. 1.* adscriptum est, nempè, vt vsufructuarius, si fortè vinearum, hortorum & arborum, aut gregis alicuius vsumfructũ habeat, ex ipso seminario & fœtu restituat & substituat, si quid ex capitib. eius culpâ perierit. *§. sed si gregis, supra tit. 1. & vide l. vetus quæstio 65. cum seqq D. eod.* Et hactenus de definitione, & in ea de capitibus præcipuis in hoc loco. Nunc aliquid de diuisione. Dixi supra feudatarium etiam vsumfructum in fundo habere, cui & hæc definitio congruit, sed tamen plenior est iste vsusfructus, & habet sua singularia, de quo videbis in loco de feudo. Et omninò ius quoddam est magis perpetuarium. Dicimus igitur, vsumfructum alium esse quasi perpetuum, alium temporarium; Item, alium proprium, alium quasi vsumfructum, vt in rebus, quę vsu absumuntur, de quibus iam ante. Sed & aliter adhuc de vsufructu loqui & vsumfructum distinguere solent, nempè, alium dicunt vsumfructum constitutum, de quo adhuc egimus, & quomodo constituatur, textus commemorabit, & dictũ est *ad tit præcedentem.* Alius etiam est, qui dicitur legitimus, qui lege defertur, vt parentibus in bonis filiorum, viduę in bonis mariti, de quo vide text. *in l. pen. C. de bonis maternis. l. cum oportet 6. C. de bonis quæ liberis. l. fœmina 3. C. de secundis nuptiis.* Sequitur textus, vbi adhuc de finiendo vsufructu.

§. 3. Finitur autem, &c.

Nunc diligentius proponit, quibus modis vsusfructus datus siue cõcessus finiatur, vt ad proprietarium, aut sanè ad proprietatem redeat. Et finitur quidem his modis. 1. Morte vsufructuarii. 2. Capitis deminutione eiusdem. 3. Non vtendo legitimè. 4. Interitu rei. 5. Cessione. 6. Et dominii itidem comparatione. Quod ad mortem attinet, res ea est, quod personæ debetur, cum qua etiam interit, potest tamen conueniri, vt ad heredes etiam transeat, de quo videbis *in l. antiquitas 14. C. eod.* & ex talibus initiis ceperunt feuda. Quo ad capitis deminutionem, finiebatur vsusfructus olim omni capitis deminutione; hodiè maxima saltem & media. *l. corruptionem 16. C. eod.* Quod inquit, *de non vtendo per modum & tempus*, ita intelligit doctus Interpres, *si quis malè vtatur*, id est, nec legitimo modo & tempore, cum ex hoc etiam vsumfructum amittere, vide

vide *in l.si commun. 10. & l.si quis alia 18. D. quemad. seruitus amitt.* Hic est alia interpretatio D. Cuiacii, & alia est etiam D. Wesemb. Sed Cuiacii opinionem vt communiorem retineo. Potest tamen tempore etiam amitti per non vsum, quod ad materiam vsucapionis pertinet. De interitu rei iam ante dixi. Quod ad cessionem attinet, ea est cum vsufructuarius ipsum vsumfructum alii cedit, quod efficaciter, nisi in ipsum proprietarium, non potest. Sin alii cedat, nihil agit, sed hoc tamen ipso amittit ius suum, id est, vsumfructum. Potest ius percipiendi fructus alteri cedere; sed ipsum vsumfructum cedere non potest. *l.si vsusfruct. 66. D. de iure dotium. l. arborib. 12. §. 3. D. eod. & infra tit. sequenti.* Dominii comparatione itidem finitur vsusfructus, & ita fit consolidatio, cum vsusfructus venit ad proprietatem.

DE VSV ET HABITATIONE.

TITVLVS V.



Isdem illis modis, quibus vsusfructus constituitur, etiam nudus vsus constitui solet: iisdemque illis modis finitur, quibus & vsusfructus desinit. Minus autem iuris est in vsu, quàm in vsufructu. Nam is, qui fundi nudum habet vsum, nihil vlterius habere intelligitur, quàm vt oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, & lignis ad vsum quotidianum vtatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, vt neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento, nec vlli alii ius, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quùm is, qui vsumfructum habet, possit hæc omnia facere.

§. 2. Item is, qui ædium vsum habet, hactenus ius habere intelligitur, vt ipse tantùm inhabitet: nec hoc ius ad alium transferre potest, & vix receptum esse videtur, vt hospitem ei recipere liceat, & cum vxore liberisque suis, item libertis, necnon personis aliis liberis, quibus non minus, quàm seruis vtitur, habitandi ius habeat; & conuenienter, si ad mulierem vsus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.

§. 3. Item is, ad quem serui vsus pertinet, ipse tantùm opera atque ministerio eius vti potest: ad alium verò nullo modo ius suum transferre ei concessum est. Idem scilicet iuris est & in iumento. Sed & si pecorum, vel ouium vsus legatus sit, neq; lacte, neq; agnis, neq; lana vtetur vsuarius: quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus vti potest.

§. 4. Sed si cui habitatio legata, siue aliquo modo constituta sit, neque vsus videtur, neque vsusfructus, sed quasi proprium aliquod ius: quanquam habitationem habentibus, propter rerum vtilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus non solùm in ea degere, sed

etiam aliis locare. Hæc de seruitutibus & vsufructu, & vsu, & habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis Iuregentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & ciuili iure acquiruntur.

COMMENTARII.

Sequitur nunc vsus & habitatio, seruitutes itidem personarum, *vt in l. 1. D. de seruit.* Et quantum ad vsum, similis est vsufructui, vt & eodem modo explicari debeat, ita constituatur, ita acquiratur, ita finiatur & amittatur. In hoc autem in summa maximè differt, quod minus est in vsu, quàm in vsufructu. Quæ & summa in hoc tit proposito, quã supr. *tit præcedenti,* satis expressimus, & quam solam Iustinianus aliquot exemplis hic declarat, conferens vsuarium cum vsufructuario, vt ostẽdat, quidnam vsu cuiusq; rei mobilis vel se mouentis, atq; etiam immobilis secundum ipsius rei qualitatem comprehendatur. Et quidẽ agit de vsu & vsufructu fundi, ædium, serui, iumẽti vel pecoris. De quib. omnibus vide prolixius post textum hunc *in l. cui vsus relictus 2. cum s. seqq. l. si habitatio 10. § si vsus, cum l. sequenti. & l. 12. D. eod. tit. de vsu & habitatione. l. cum antiquitas 13. C. de vsu & habitat.* Et hæc de vsu.

Habitatio est ius quoddam habitandi siue inhabitandi ædes alienas. Est & vsusfructus ædium, & vsus ædium, vt & locatio est; sed tamen singulare quoddã ius est hæc habitatio, quæ inde videtur originem traxisse, quòd veteres clientib. suis aut libertis, præsertim pauperiorib. habitationem quarundam ædium ad vitæ tempus solebant cõcedere. Et in quibusdam hæc habitatio cum vsufructu ædiũ; in quibusdam cum vsu conuenit; ab vtrisque tamen rursus suo modo differt, q͏ res etiam ipsa docebit; & vide *in d. l. si habitatio. D. eod. d. l. cum antiquitas. C. eod. l. huic stipulationi 5. D. vsufructuar. quemad. caueat.*

§. Finalis, &c.

A seruitutibus his & rebus incorporalib. de quarum acquisitione hic sibi putauit dicendum, vbi hactenus egit de modis acquirendi dominii, ex Iure quodam communi & gẽtium, transit nunc ad alia, nempè, ad modos acquirendi ciuiles; qui rursus etiam distinguuntur in vniuersales & particulares siue singulares. Vniuersales sunt, quibus vniuersitas quædam & quasi corpus quoddam bonorum acquiritur. Singulares sunt, quibus saltem res quæpiam singularis acquiritur, de quo monet *§. hactenus, infra tit. 9.* Et nunc quidem inter modos hos particulares recitantur vsucapio, item præscriptio, & donatio, aliiq; modi postea subsequentes.

DE VSVCAPIONIBVS ET LONGI temporis præscriptionibus.

TITVLVS VI.



IVRE Ciuili constitutum fuerat, vt qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cùm crederet eum dominum, esse rem emerit, vel ex donatione, aliave quauis iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno vbiq; vno, si immobilis, biennio tantùm

tantùm in Italico solo vsucaperet, ne rerũ dominia in incerto essent. Et quùm hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirẽdas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturiùs suis rebus defraudentur, neq; certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgauimus, qua cautum est, vt res quidem mobiles per triennium; immobiles verò per longi temporis possessionem (id est, inter pręsentes, decennio, inter absentes, viginti annis) vsucapiãtur; & his modis non solùm in Italia, sed etiam in omni terra, quę nostro imperio gubernatur, dominia rerum iusta causa possessionis præcedente acquirantur.

§.2. Sed aliquando, etiamsi maximè quis bona fide rem possederit, non tamen illi vsucapio vllo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel seruum fugitiuum possideat.

§.3. Furtiuæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, vsucapi possunt. Nam furtiuarum rerum lex duodecim tabularum & lex Attilia inhibent vsucapionem, vi possessarum; lex Iulia & Plautia. Quod autem dictum est, furtiuarum & vi possessarum rerum vsucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, vt ne ipse fur, quive per vim possidet, vsucapere possit, (nam his alia ratione vsucapio non competit, quia scilicet, mala fide possident) sed ne vllus alius, quamuis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, vsucapiendi ius habeat. Vnde in rebus mobilib. non facilè procedit, vt bonæ fidei possessoribus vsucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum eius committit.

§.4. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit; quin is, qui acceperit, vsucapere possit, dubium non est, quippe quùm ea res in furti vitium non ceciderit, quùm vtiq; heres, qui bona fide tanquam suam alienauerit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ vsusfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit aut donauerit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, vt quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat vt à possessore vsucapiatur.

§.5. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, Ius ita procedit, vt si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiã domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur; quãuis ipse mala fide possideat (quia intelligit se alienum fundum occupasse) tamen si alii bona fide

accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri; quia neque furtiuum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi, locive furtum fieri. Et eorum vtilitati, qui res soli possident, Principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.

§. 6. Aliquando etiam furtiua, vel vi possessa res vsucapi potest: veluti si in domini potestatem reuersa fuerit. Tunc enim vitio rei purgato, procedit eius vsucapio.

§. 7. Res fisci nostri vsucapi non potest; sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nonciatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis vsucapere posse, & ita diuus Pius, & diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

§. 8. Nouissimè sciendum est, rem talem esse debere, vt in se non habeat vitium, vt à bonæ fidei emptore vsucapi possit, vel qui ex alia iusta causa possidet. Error autem falsæ causæ vsucapionem non parit, veluti si quis, quùm non emerit, emisse se existimans possideat: vel quùm ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat.

§. 9. Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, & heredi, & bonorum possessori, continuatur, licet ipse sciat prædium alienum esse. Quòd si ille initium iustum non habuit, heredi & bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in vsucapionibus obseruari constituit, vt tempora continuentur. Inter venditorem quoque & emptorem coniungi tempora, diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

§. 10. Edicto D. Marci cauetur, eum, qui à fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem diuæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid, vt ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, siue experiantur, siue conueniantur. Aduersus autem sacratissimum Ærarium vsque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putauerint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem diuina constitutio, quam nuper promulgauimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.

COMMENT-

COMMENTARII.

DE hoc loco dicendum eſt diligentius, & rectè obſeruabitur hîc illud, quod citant ex Iuriſconſult. *de quotidianis plenius*. Progrediendũ etiam eſt in re difficili certa methodo, vt ſaltem res melius comprehendantur. Et principio vidẽdum de inſcriptione & titulo, vbi de vocibus ſiue de nomine & definitione, & differentia, ſi quæ eſt vſucapionis & præſcriptionis, vt vulgò legitur. Et cum multa de his, & ſimilibus rebus, de hac materia ſcribantur, etiam à magnis Auctoribus, verè tamen dicitur: *amabilis res eſt veritas*. Et quicquid ſcribatur, vincat tamen tandem ipſa veritas, quæ vtcunque prematur variis modis, tamen nunquam opprimitur. Sed nunc ad rem. Principio de methodo conſequentiæ, ſiue de cõtinuatione; ex qua obſeruandum, de acquirendo dominio eſſe locum, vt vocant, communem; vt ideò vſucapio ad acquiſitionem dominii pertineat, & per vſucapionem dominium acquiratur. Quod, quid ſit, & quale ſit, antea docuimus, vt mirer moueri etiam in hac materia rixas de directo & vtili dominio, quæ ex fontibus rerum non ſunt, & in effectu nihil habent, niſi quod imperitioribus placent neſcio etiam qualia; vt rectè dixeris cum illo: *Pro ingenio lectoris habent ſua fata libelli*. Nunc primum de nomine, & non pudebit nos in ea re quarundam inſcitia ſatis obſcurata etiam Latinæ Grammatices. Vſucapio, vt idonei Latinitatis Auctores, IC. & alii, nomen vnũ eſt ex Verbo & Nomine, vſu & capio, id eſt, adipiſcor, acquiro; vt ſit Ablatiuus inſtrumenti, qui tamen in Accuſatiuum etiam reſoluitur cũ prępoſitione, nempè, *per vſum capio*. Vſus autem ſignificat poſſeſſionem, quaſi dicas, capio per poſſeſſionẽ, per quam ſanè præcipuè acquirebantur antiquitùs dominia Vide *in l. 1 ff. de acq. poſ. in l. quæſt. 115. D. de verb ſign.* Ciceronem *1. Offic. non procul ab initio*. Et verbum id verbum eſt actiuum, vt ideo regat Accuſatiuum caſum, vt cum dicimus: *vſucapere fundum. L. 10. D. de acquir. dom. l. 4. §. fi. l. 37. cum ſeq. D. noſtro tit. de vſucap.* Dicimus & ex Nomine, quaſi per Ablatiuum inſtrumenti: *vſucapione acquirere fundum; & c. l. 1. 19. 21. D. ex quib. cauſis maior. reſtit. &c.* Et hæc de verbo vſucapionis. In titulo ampliùs eſt, *& longi temporis præſcriptionib.* vbi tamen D. Cuiacius primum & poſt eum cæteri obſeruarunt; legendum eſſe non præſcriptionibus, ſed poſſeſſionib. quod & textus infra aliquoties oſtendit. Et quid ſit longi temporis poſſeſſio, quod ad voces attinet, nemo eſt, qui neſciat. Poteſt tamen ſaltem etiam ſubſiſtere ea vox, *præſcriptionib.* de qua poſtea quoq; dicturi ſumus. Itaque hic quoque dicendum eſt in initio de vocabulo hoc præſcriptionis. Et vſitata quidem deriuatio & ſignificatio ſatis nota eſt, de qua lege Ciceronem & alios Latinæ linguæ Auctores. Hoc monendum eſt, Iuriſconſultis ſingulari quadam ratione ſignificare hoc verbum *præſcribere* pro excipere; & præſcriptionem, exceptionem. Et iungitur tũc hoc verbum pręſcribere Datiuo caſui, vt cũ dicimus, pręſcribere accuſatori, accuſationi. Vid. *in l. præuaricationis 3. D. de præuarica.* & monet doctiſs. Budæus & Quintil. *lib. 7.* Et cum ita in genere accipiatur præſcriptio, dicimus etiam præſcriptio temporis, pro exceptione tẽporis. *l. 1. & 5. D ſi libertus ingenuus eſſe dicatur.* vbi tamen præciſa quædam eſt locutio, vt vocauit Cicero; & benè obſeruauit D. Hottoman. Cum enim dicimus *præſcriptio temporis*, ſiue *lõgi temporis*, accipimus hoc, ac ſi diceretur, præſcriptio ex poſſeſſione longi temporis, id eſt, exceptio. Præſcriptionẽ autem pro acquiſitione dominii vſurpatã eſſe non opinor, & nego; & proinde inſcitia eſt, abſq; vllo idoneo Auctore hoc Verbum Accuſatiuo caſui velle iungere, vt ſi dico: *præſcripſi hanc rem*. Ac ne nunc quidem hunc caſum regit. Licet enim in Ablatiuo inſtrumẽti dicatur, *præſcriptione capere rem*, vbi tamen præciſa locutio eſt, nõ hic dicimus, pręſcribere rem, vt vſucapere rem. *l. 4. & l. fin. D.*

D pro emptore. Plura postea de re ipsa. Nunc enim dixi de vocibus siue vocabulis & eorum discrimine.

Sed iam ad definitionem vsucapionis Dixi eam pertinere ad acquisitionem dominiorum, quod ordo etiam docet. Et vsucapionem Iurisconsultus sic definit: *Vsucapio est àcquisitio vel adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. l. vsucapio 3. D. de vsucap.* Pro eo, quod legitur *adiectio*, mauult doctus interpres *adeptio*, vt etiam legitur apud Vlpianum *in tit. nempè tit. 19.* Est inquit, *adeptio dominii.* Sed per quænam? An per modum aliquem iuris & rationis naturalis, cum ipsa natura sine alterius iniuria alteri dominium adiicit, vt in occupationibus rerũ, quæ alterius verè non sunt, aut cum domini verus consensus id facit, vt fit in traditionibus rerũ ante concessarum, puta, per contractus? &c. Non sanè Sed tamen obiicitur hic, alienare videri eum, qui patitur vsucapi. *l. alienationis 28. D. de verb. sign.* Verùm respondeti potest, *Videtur* inquit textus; ex quo non sequitur, vt reuera sua voluntate alienauerit. Et pulchrè Alciatus *in l quinq; pedum* citante hic D Mynsing. *num. 6.* Et vtcunq; lex præsumat, eum quodammodo alienare, an ideo igitur tibi statim ea res iure adscribitur? & cur etiam tunc de conditionib. bonæ vsucapionis ampliùs disputaretur? Nam quod tuum ampliùs non est, id omnimodò fit occupantis, tanquam pro derelicto habitum; nec opus est vsucapione, de quibus supra. Modum igitur acquisitionis pręsens definitio alium adfert: *per continuationem*, inquit, *possessionis temporis lege definiti.* Itaque acquisitio contingit ex hoc, quod rem alienam continuo quodam tempore à lege definito possederis. Et propterea Boëtius *in Topic. apud Cic. lib 3.* vsucapionem vocat firmitudinẽ possidendi, per vtendi consuetudinẽ. Portò tempus hoc definitum est anni in rebus mobilib. biennii in rebus immobilib. Hoc enim sufficere putabant dominis quidẽ ad res suas requirẽdas, quorum negligentiã improbant; Possessorib. autem ad tuẽdã suam possessionẽ, quorũ diutinæ possessioni succurrere volebant; auctoritatem etiam vocabant, vt Cicero, quod rata auctoritas harum rerum & possessionum à iure ciuili sumitur, de quibus doctiss. Budæus. Sed vbi hîc illa tantoperè semper in iure prædicata æquitas, qua etiam cum innocentia quisque sua tuetur & auget? *vt in l. nam hoc 14. D. de condict. indebiti. & l bona fides 31. D. depositi.* & multa de hoc Cic. *3 Offic.* Equidem dicit Caius, vsucapio hoc per sese etsi puniat ferè negligentes, & tueatur diutinam possessionem, quum tamen non conueniat cum regulis iusti dominii, iustæ & innoxiæ acquisitionis, cum simplicitate & puritate iuris naturæ, de quo multa idem Cic. *3. Offic.* breuiter dixit, vsucapionem introductam esse bono publico, idque ne quarundam rerum dominia sint in incerto. *l. 1. D. eod.* & addit etiã Neratius, vt finis aliquis sit litium. *l fin. D. pro suo.* & vide Ciceronem *pro Cecinna.* Et sanè cum pro vsucapione adduxeris hæc omnia, eam introductam esse bono publico, ne dominia rerum sint in incerto, & vt finis sit litium, & bonum publicũ præualeret priuato, & quidam etiam adferunt post dominorum negligentiam legem fieri dominam, & similia, vt legem quidem naturę tolli non posse, sed tamen determinari, &c. Cum inquam hæc omnia copiosè & gloriosè adduxeris pro vsucapione, tamen agnoscere oportebat, hæc pro ipso tamen vsucapiente etiam non satis firmiter adduci, quin semper obstent regulæ & dicta iuris naturæ, quod est immotum & immutabile: *Non concupisces; Non furaberis; Iure naturæ æquum, neminem cum alterius detrimento & iactura fieri locupletiorem.* Et locupletari non debet quis cum alterius iactura & iniuria *l iure naturæ. D. de reg. iur. cap locupletari. de reg iur. in 6. L nam hoc D. de condict. indebiti.* Ergò saltem hoc etiam obserua, etsi vsucapio per sese & acquisitio per longam possessionem talis sit, qualem

qualem esse dixi, tamen cum domino tractabant hæ leges, non tam possessorem aliquem longi temporis, quàm bonæ fidei possessorē voluisse & velle defendere. Cum bona fide autem furtum consistere non potest. Nam bonæ fidei possessor propè dominus est; & bona fides tantùm præstat possidenti, quantum ipsa veritas *l. bona fides 136. D. de reg. iur. l. 32. D. eod.* & ibi Cuiac. Ergò in hoc est æquitas priuata & defensio vsucapiētis, quod bonæ fidei homo sit, quem & natura & conscientia, atque lex excusat. Itaque cum legimus in definitione, *per continuationem possessionis*, subintelligatur bonæ fidei, *vt in l. pro emptore 2. §. 1. in fine cum sequenti l. D pro emptore.* Et hæc breuiter de definitione hac & de defensione vsucapionis & vsucapientis, nempè, accedat ad ea, quæ adducta sunt, bona fides, & erunt ea firma & rata; & si bona fides absit ad acquirendum iustè dominium, ad excusandam conscientiam, non erunt satis firma. Plura autem de requisitis ad vsucapionem repetemus iterum infra suo loco.

Iam videamus de præscriptione, vtrum & quid differat ab vsucapione, & quæ possit igitur esse huius præscriptionis definitio? Et licet res est inuoluta, vt non facilè de his dixerimus, tamen vel hic nonnullorum arrogantiam indicare licebit. Primum, qui nihil inter hæc interesse dicunt, nimis impudenter prætereūt ipsum titulum, quia si nihil interest, cur sunt diuersæ appellationes? Et finge, nihil admodum interesse re ipsa, quæ tamen est imperitia, non posse iuris studiosum reddere rationem vocum iuris, & titulorum inscriptionis & antiquitatis de hac re eruditæ? Sed videamus, quas faciant differentias, & quomodo hæc consistant? Dicunt vsucapionem esse rerum mobilium; præscriptionem immobilium, & alii etiam, vsucapione directum, præscriptione vtile saltem dominium acquiri. Has differentias incertas & minimè consentaneas esse, nimis sanè sæpè ostendit textus, & infra etiam de nonnullis videbitis. Alii doctiores D. Cuiacius & ex eo D.D. Wesembecius moti hoc textu, *& in l. vn. C. de vsucap. transformanda & similium*, dicunt, vsucapionem pertinuisse ad adquirendum dominium, prçscriptionem saltem ad excipiendum post longam possessionem; & vsucapionem fuisse rerum Italicarum tam mobilium quàm immobilium, præscriptionem verò prouincialium, quæ non vsucapiebantur; vt sic apud Romanos & in Italia fuerit & vsucapio & præscriptio; in prouinciis saltem præscriptio. Sed tamen & his positis & concessis (quæ tamen, quantum ad textum attinet, ex quo veritas cognoscitur, veriora sunt illis, quæ ante diximus,) obiicitur multiplex adhuc difficultas. Primò, quod hic in textu scribitur: *iure Ciuili id constitutum*, quod intelligunt de lege 12 tabularum, quo tamen tempore prouincias adhuc Romani non habebant, vt benè obseruauit Hottomannus. De[illegible]de, q scribat Iustinianus hic, se in locum [illegible]nalis vsucapionis introduxisse decem & vig[illegible]norum possessionem, & tamen plus[illegible]nnii, sæpè longi illius temporis p[illegible]nis fiat mentio, quasi longi temporis præscriptio, & ex hac itidem acquisitio, ante Iustinianum etiam fuerit. Adde quod longi temporis hæc possessio alibi prærogatiua etiam dicatur, *vt in l. 5. D. de itinere actuq; priuato.* Non est autem verisimile, plus habuisse prouinciales, quàm ipsos ciues Romanos, quasi istorum res non nisi 10. annis, horum verò etiam biennio amitterentur, & ab aliis acquirerentur. Igitur aliis rursus hominib. peracutis & doctis aliud visum est.

Sed nunc tamen post omnem iuris antiqui emendationem, quod res est, ita dicemus, præscriptionem quidem, cum iure ad acquisitionē dominii videatur pertinere, & ad exceptionē ob tēpus siue tēporis diuturnitat. & ad excludēdas saltē actiones è foro, nihil habere cum hoc loco cō[m]mune; sed tamen lōgi temporis possessionē successisse in rei

rei immobilis vsucapionem, eam verò longam possessionē cœpisse etiam dici præscriptionem, nempè præscriptionem longi temporis, id ꝙ textus plures docent. Et sic Iustinianum hìc in titulo scribere, quasi velit dicere; se dicturum de vsucapione rerum mobilium & longi temporis possessione in acquirendis rebus immobilibus, quæ, vt dixi, vocatur etiam præscriptio. Et vsucapiuntur itaq; nunc, vt breuiter dicam, sine vllo discrimine, res mobiles triennio, res immobiles lōga possessione, hoc est 10. vel 20. annis, quæ dicitur etiam longi tēporis præscriptio, nec hic discrimen est inter dominium, quasi per præscriptionem nō tam plenum acquiratur dominium. Itaq; potest nunc esse & est etiam vna & eadem definitio, tam vsucapionis, (de qua definitione iam diximus) quàm huius præscriptionis, & vtrobiq; requiritur bona fides: cum mala fide nō vsucapitur, nec valet præscriptio. Quod autem ad voces attinet, illud obseruabimus, nec nunc quidem verū esse, *vsucapionē saltem esse mobiliū; sed (sic puto) vtrorumq;, tam mobiliū quàm immobiliū; præscriptionem verò siue longi tēporis præscriptionē immobilium tantùm.* Illud etiam obseruādum, quādo prætor sua iurisdictione iuuat præscribentē propter prætorium remedium, vtilē competere actionē; & hoc videtur imposuisse interpretib. Porrò ꝙ dixi, *cum mala fide non præscribi*, notandum est, id ad præsentem pertinere præscriptionē, quæ de acquirendo legitimo dominio agit. Atqui cui cōpetit actio ex dominio, illi multo etiam magis exceptio, iuxta regulam iuris *in l. inuitus 198. D. de reg. iur.* Verum est & illud saltē indicandum, esse postea à diuis Principibus alias etiam introductas præscriptiones, quæ ad hunc locum non pertinent, sed saltem ad exceptiones, siue defensiones & exclusiones actionum ob temporis diuturnitatem; idq; saltē bono publico, vt litium aliquis omninò sit finis, ad ꝙ leges hic tantùm respiciunt non attendentes, verum priuatam & læsam habeat excipiens cōscientiam an non? Itaq; siue bonæ siue malæ fidei possessor sit, ea præscriptio habet locum; estq; ea præscriptio 30. vel 40. ann. qua in re præcipuè cōmendatur Constitutio Theodosii *in l. sicut in rem 3. C. de præscript. 30. vel 40. anno.* sed & Valentiniani, quæ extat inter ipsius Nouell. & cōmendatur admodum ab historicis & à peritis. Quale ius olim etiam Platoni placuit, *libro de legib.* 12. & habet Cicero de eo *in Offic.* & Paulus IC. scribit (*in l. 2. de aqua pluu. arcenda.*) vetustatem semper pro lege habitam, minuendarum scilicet litium causa. Sed & de origine eiuscemodi rei licet cognoscere ex sacris historiis. *Iudicum c. 11.* Est itaq; mirum, homines præpostere religiosos velle id ius de Republica tollere; & aiunt: *Ita Lex videbitur confirmare malitiam.* Verùm isti vim legum harum non videntur satis intelligere, nec ad humanæ naturæ conditionem satis attendere; quod equidem benè sciuit Leo Imperator *in suis Nou. 83. & 97.* Cur; si ita volunt, non tollunt omnem auaritiam & iniquitatē vsurariam, & multa similia, quemadmodum illi olim imperiti cōsiliarii apud Basilium Imperatorem tētabant, sed quàm infeliciter, ostendit idem ille Leo *d. Nou. 83.* Scio quosdam notare, in supremo Imperii tribunali aliquotiens obseruatum ex auctoribus Iuris Canonici, vt cum mala fide non præscribatur, ne 30. quidem vel 40. annis, D. D. Mynsingerus *in obseruat. Cameræ Imperialis.* Allegant autem, quasi sit ea communis Dd. Theoria; & ad hoc adducunt Auctores quosdam, quos in eam rem nō inuenio; sed de alio casu apud eos disputatio est, de quo non disputamus hic. Et id vel idem ille Auctor alio quodam in loco *in Instit.* videtur ipse significare. Et ꝙ ad acquisitionem iustam dominii attinet, facilè concessero, malæ fidei posse nunquam præscribere. Vide Ioan. Oldendorp. *in tract. de vsucap. item in l. si quis emptionis 8. C. de præscr. 30. ann.* Cæteroquin, vt actio excluderetur post tanta tēporum spatia, inciuile esset, & ita neq; ex lege, quæ, vt ostendi, satis probabili ex causa lata est,

eſt, reſponderetur, neque ex æquitate publica; imò & alii diuerſam tradunt opinionem communem, Eman. Suarez. *in comm. ſent.* Tu vide pulchra admodū apud ſummum illum practicum Ferrarienſem, *in form* [illegible] *onis Rei cōuenti, in verbo præſcriptionis.* [illegible] etiam, quid aliquando Iuſtinianus conceſſerit; ſed id confirmat regula. Quod ad regulam Pontificum attinet, quæ ſic habet: *Poſſeſſor malæ fidei vllo tempore non præſcribit. c. poſſeſſor. de regul. iur. in 6.* in ea duplex ſenſus eſt. Si priorem ſenſum recipimus, nihil ea res ad hanc controuerſiam pertinet, & de hoc dicemus poſteà. Sin alterum ſenſum recipimus, in quo hoc præcipuè dicunt: in quibus quæritur de peccato, in his ſtandum iuri Pontificio: Reſponderem, verum id eſſe in eo, cum quæritur de peccato, non cum quæritur de ſtatu Reipublicæ, & vide hic prædict. Ferrarienſem. Porrò erunt nunc etiam hic alii, qui, poſtq̄ audiunt, politicis his legibus malæ fidei quoque poſſeſſorem præſcribere, volunt hoc etiam ad conſcientiā trahere, quaſi in cauſa conſcientiæ etiam rectè res ex teneantur. Sed eos monebo, vt ſaltem diſtinguāt inter voluntatem & permiſſionem, hoc eſt, cum lex mandat & appobat aut ſaltem permittit. Hæc igitur obiter de illa quoq; præſcriptione.

Sunt & aliæ adhuc plures præſcriptiones eò etiam pertinentes, vt ſit finis litium, vt omnia negotia aliquando ſaltem è foro ſubmoueātur, & vt ſit finis contentionum. Sed de his alio loco *lib. 4.* Sed & illud obiter hic monendum, etſi dicimus, omnium negotiorum, controuerſiarum & litium, quandoq; ſaltem finem eſſe oportere, & id adeo ſit vſitatum, vt etiā malæ & prauæ conſuetudines poſt longa tempora abrogentur, eſſe tamen id maximè intelligendum de controuerſiis, quæ oriuntur propter bona hæc temporaria. Cæteroquin eſſe etiam impræſcriptibilia, vt vocant, quæ nulla præſcriptione, nullo tempore, nulla vetuſtate tolli aut abrogari poſſint aut debeant, vt ſunt præcipuè ipſa iura naturalia, veritas verbi diuini, & ſimilia. Et de his alio loco etiam monui, vt ad finem *tit. 1. eiuſdem lib. 1.* Hoc igitur notetur, quod in Pſalmis & Prophetis ſcribitur: *Conſilium Dei veritas, &, verbum Dei manet in æternum.* Vide hic etiam *c. cum non liceat.* & quæ ibi notantur *extr. de præſcript.* Et hæc hactenus.

Nunc diligentius dicendum eſt de iis, quæ ad vſucapionem requiruntur, quod definitio breuius indicat. Et imprimis igitur requiritur rei poſſeſſio; & ſine poſſeſſione non procedit vſucapio; eamque oportet eſſe continuam, temporis lege definiti, id tempus olim ex leg. 12. tabul. fuit anni & biennii; nunc in rebus mobilibus triennii eſt, in immobilibus 10. & 20. annorum; decem inter præſentes, qui ſunt in eadem prouincia; viginti inter abſentes, & debet eſſe poſſeſſio continua huius temporis, nunquam interrupta. Interrumpitur autem, ſi intra hoc tempus quandoque hæc poſſeſſio amittatur ſiue auferatur, vide *in leg. naturaliter 5 D. eod.* vide etiam *in l. pro emptore 2. §. fin & l fen. D Pro emptore.* Et intelliges non aliter ferè potuiſſe poſſeſſionem interrumpi, de quo *in d. loc.* D. Cuiacius. Et hæc eſt vera & naturalis interruptio. Longam tamen poſſeſſionem legimus ſaltem iure Codicis aliter etiam poſſe interrumpi, quam vocant ciuilem interruptionem, quæ fit variè, per litis conteſtationem, per citationem, per denunciationem, vide *in l. 1. & 2. C de præſcript. long. temp. l. ſicut 3 l. cum notiſſimi 6 C. de præſcript. longiſſ. temporis. l. vt perfectius 2 C. de annali exceptione. l. ſi aquam 2. C. de ſeruitutib.* gloſſ. & Doctores *in cap. fin de præſcript.* Franciſcum Balbum *in tractatu de præſcript 3 parte 6 partis principalis. quæſt. 1.* Sed creditur hodie ex Iuſtiniani præcipuè auctoritate eodem modo interrumpi & vſucapio & longi temporis præſcriptio, nimirum ciuiliter etiam, vide D. D. Weſemb. *in paratit. de vſucap.* Et hæc de continua poſſeſſione & eius interruptione. Occurrit autem hic & alius quidam locus de acceſſione poſſeſſionum, cum alterius

possessio alteri adiungitur. Sed de his infra alio loco.

Nunc amplius possessio hæc titulum etiam, id est, causam aliquam ad acquirendum dominium aptam habere debet, veluti est emptio. Nec sufficit tamen is titulus, nisi & bona fides accesserit, quia putaueris eum, qui vendidit & tradidit, dominum esse, aut ius vendendi habere. *leg. bona fidei 109. D. de verb sign.* Sed & titulum tuum, quem prætendis, verum esse oportet, aut sanè iustum errorem (qualis non est error iuris, vel etiam error facti proprii, sed sanè error facti alieni) nec putatiuum, vt si putes tuis, veluti Procuratori tuo, venditum esse, quod est donatum. Vide de his *in l. Celsus 32. l. nunquam 31. D. eod. l. 3. & l. fin. D. pro suo. l. 1. D. pro donat. l. pen. D. pro soluto. leg. 2. & 11. D. pro emptore.* Illud nunc etiam quæritur, anne, vt oportet continuam esse temporis possessionem, ita etiam oporteat continuam esse hanc bonæ fidei possessionem? Et id quidem de longa præscriptione legimus *l pen. C. de præscript. longi temp.* At in vsucapione tamen incidens mala fides ob hoc non nocet, id est, vsucapionem non interpellat. *l. bona fidei 84. D. de acquir. dominio.* Et id Iustiniano in sua innouatione placuit, vt hodiè fortè dicendum sit, incidentem malam fidem in vsucapione & præscriptione non nocere, & sufficere bonam fidem in initio possessionis. Verùm id non placuit Pontifici Innocentio III. vt habes præsertim *in cap. fin. extr. de præscript.* Et hunc intellectum quidam receperunt etiam in regula pontificia, possessor malæ fidei, &c. *de regulis iuris in 6.* vt legatur sic: *Possessor malæ fidei vllo tempore, non præscribit*, vt distinguatur post verbum, *tempore*, & hic magnus est conflictus interpretum, vtrū ius Canonicum sequendum sit, an potius manere possimus in constitutione ciuili? Ius Canonicum sequendum plerique autumant. vide Oldendorp. *in tractatu de vsucap. D. Mynsin. in hoc tit.* & ita communiter quoque concludi docuit Franciscus Balbus, *de præscript 3. parte 6. partis principalis. quæstion. 2.* Contrariam verò opinionem acriter defendit summus practicus Ferrariensis *in forma responsionis Rei conuenti. in verbo præscriptionis, n. 30. & 31.* Cuius fundamenta mihi videntur solida, sed relinquo hoc aliis.

Diximus de possessione, de tempore legibus definito, de continuatione temporis, de bona fide, de titu'o. Nunc etiam aliquid dicendum est de rebus, & de vitio rei, vbi commemorantur præcipuè furtum & vis. Nam res furtiua & vi possessa, etiamsi prædicta omnia concurrant, non vsucapitur, nisi tamē vitium rei sit purgatum, quod fit, si ea res in potestatem domini iterum sit reuersa, de quo infra. Et hic nūc incidit ēt locus iterum quàm perdifficilis, de rebus incorporalibus & seruitutib. vtrum vsucapiantur & vsu acquirantur, an non? Equidem, vt breuiter dicam quod res est, pluribus ex causis olim placuit seruitutes vsucapi non posse, nempe quia hæ res incorporales non traduntur, non possidentur, aut sanè ferè non continuò possidentur, *leg seruus 43. § incorporalis. D. de acquir. dominio. l. sequitur 4. § pen. D. eod. l. seruitutes 14. D. de seruit.* & fuit tamen aliud atque aliud ius in ea re diuersis temporibus receptum. Sed quicquid tamen eius rei sit, constat, seruitutes, vt & alias res incorporales nunc vsucapi & præscriptione defendi posse, & præsertim ex constitutione Iustiniani, *vide in leg. prima & secunda. Codic. de seruit. & aqua. l fin. in fin Cod. de præscript. longi temp. l. vni. Cod. de vsucap. transformanda.* Et nunc quæritur etiam de tempore Et extat pulcherrimè scriptum *in dict. lege secunda. Cod. de seruit.* vbi aggregantur seruitutes & res eæ incorporales rebus immobilibus, vt ad earum modum vsucapiantur, nempe 10. & 20. annis; cum quo consonant & alii diuersi textus. Sunt tamen, qui excipiant quasdam seruitutes, quas vocant discontinuas, quas vsucapi posse negant, nisi tanto tempore, cuius non extet memoria. Et hanc tradunt esse communiorem doctrinam, quæ

&à

& à practicis frequentatur. Vide Francisc. Balb. *in tractatu suo 2. parte 4. partis principalis, gloss. ord. in l. seruitutes 14. D. de seruit.* Sed ista tamen ab aliis eruditis refelluntur, quemadmodum validè etiam eius sententię inconstantiam edocuit D. D. Wesembecius *in paratit. tit de seruit. num. 5.* Ergò tandem, (quod supra *de seruitutib.* quærebamus) potest etiam tale ius incorporale in alieno vsucapione & præscriptione acquiri. Atque hic nunc itidem obseruandum, posse etiam seruitutes non vtendo amitti, quòd vel ita fit, vt solo non vsu amittantur, vel etiam difficilius, cum econtra libertas vsucapietur, vide *in l. sequitur 4. §. pen. & vlt. D. eod. l. 5. D. de seruit. vrb. præd.* Et hoc est, quod supra dicebatur, *tit. de vsufructu*, cum inquit, *amitti cum non vtendo, &c.* Porrò ne rem facilè non vtendo amitterent homines, vsurpare res solebant, id est, vsu retinere, vel etiam surculo definiendo vsurpabant, vt loquitur Cicero *3. de Orat.* & hinc de vsurpationibus vide *in tit Pandect & in l. vsurpatio 2. ibidem.* Amplius quòd seruitutem vsucapionum attinet, quæsitum est & hoc, quomodo vsucapiantur? Et putant etiam sine titulo & bona fide, quod ego satis admirari non possum, sed sunt tamen ea ab aliis confutata. Et hæc nunc etiam de rebus. Et inter ea, quæ vsucapi non possunt, numerantur etiam res religiosæ, sacræ, & cæteræ, quæ non sunt in commerciis nostris, seruus item fugitiuus, liber homo, item res fisci & imperii, *vt infra in textu.*

Nunc addemus quædam de iure Saxonum. Et id quidem, vt breuiter dicam, per omnia conuenire videtur, nisi quod sint alia tempora, nimirum iure hoc Saxonum res mobiles anno & die; immobiles annis 30. & amplius anno & die, vbi diem pro sex septimanis accipiunt, vsucapiuntur. *ita libr. primo* Landtrecht. *articul. 28. & 29.* Illud etiam dicunt, iure Saxonum omnes seruitutes eodem modo & tempore vsucapi, nempe, vt cæteræ res immobiles 30. annis, anno & die, vt non distinguatur inter seruitutes continuas & discontinuas. Vide *in dict. artic. 29.* & ibi glos. Faccium *differ. 11.* Reinhard. *diff. 137.* D. Wesemb. *in parat. tit. de seruit. num. 5.* Sed hæc differentia fortassis ex malo intellectu nata est. Quidam etiam annotarunt de vsu Iuris Saxonici, bonæ fidei rationem in longi temporis vsucapione non haberi, sed sufficere longam possessionem, sed de hoc mihi non liquet. In summa, qui vident & intelligunt, quantum sit in hac materia negotii, discunt execrari arrogantiam illam propriam sciolorum, & afficiuntur facilius studio rectè discendi, vbicunque se offert veritatis aliqua lux.

Summa dictorum est: Vsucapio & præscriptio cum bona fide bono publico introducta est, *de quo supra*, & simul munit etiam conscientiam, tueturque legitimum dominium. Et id voluerunt in hac materia Doctores Ecclesiæ eruditi & sancti, vt D. Philip. Melanchthon *in Ethicis.* Sine bona fide præscriptio bono publico etiam introducta est; sed non pertinet ad legitimam acquisitionem, nec munit conscientiam. Et ita puriores legum interpretes, præcipuè verò Ioan. Oldendorpius *in tractatu de vsucap.* Atqui, qui de conscientia quærunt, sciant, non à ciuilibus eiusmodi legibus, vt ille dicebat, sed ex DEI verbo petendam esse conscientiæ regulam. Sequitur textus.

§. 1. Iure ciuili, &c.

Hoc, vt dixi, referunt ad leges antiquissimas duodecim tabularum, quæ primùm vsucapionem introduxerunt, & fortè ex ll. Græcorum, vt supra facta est mentio. Et extat huius rei & antiquitatis mentio apud Cicer. *in Topicis. item in oration. pro Cæcinna.*

℣. Et quùm hoc, &c. Proponit nunc ius nouum ex constitutione sua, vt creditur, *in l. vnic. Cod. de vsucap. transfor.* sed de his omnibus supra.

℣. Dominia rerum iusta causa, &c. Ecce primùm res mobiles pariter & immobiles dicuntur vsucapi, tum etiam per vsucapionem & per præscriptionem dominia rerum acquiruntur, nec hic distinguit. Obserua etiam, quod inquit de possessione *iusta eius causa præcedente*. Vnde est, quod posteà *in §. nouissimè* limitat siue excipit, si aut nulla, aut non vera, sed falsa causa præcesserit.

§. 2. Sed aliquando, &c.

Dixerat supra de bona fide, siue de possessione bonæ fidei; nunc addit de rebus, quæ etsi prędicta concurrant, vsucapi tamen non possunt. Vbi præcipuè obseruandum est de rebus furtiuis & vi possessis, de quibus *in §. sequent.* & vide de hoc Agellium *lib. 17. c. 7.*

§. 3. Furtiuæ quoque res, &c.

Fur nullo vnquam tempore verè vsucapit. Furtiua res saltem post 30. annos iurè detinetur. Fur etiam post 30. annos excludit actionem; nisi ostendatur mihi certa iuris nostri emendatio, quam quidem quidam allegant, sed non probo; & oppono eis Ferrariensem. In certa tamen euidentia facti fieri & obseruari aliud quidem posse, facilius concessero. Hæc ad glos. hic & additionem reliquam *in verbo prædict. longo tempore*.

℣. Vnde in rebus, &c. Ex præcedentibus & ex materia furti ponitur, rem mobilem non facilè posse vsucapi, id est, nisi penes vtrumque & accipientem & tradentem siue auctorem sit bona fides. Et sanè postea à Iustiniano Principe hoc amplius constitutum est, quod ad res immobiles attinet, si Auctor sciuerit, rem esse alienam, eam bonæ fidei etiam à possessore inuito vero domino non posse vsucapi 10. vel 20. annis, sed requirit hic casus 30. vel 40. annos. Ita *in Nou. 119. c. 7.* Et per hoc emendantur illa, quæ infra *de reb. immobilib.* traduntur, quasi eæ facilius vsucapi possint *in §. quod autem ad eas.* Nota autem hic primùm, qui rem alienam sciens vendiderit, vel ex alia quauis causa alienauerit & transtulerit, furtum eius committere, quod sanè subsit hic dolus & fraudulosa contrectatio. Deinde, etsi quis dolose re sua immobili fraudari possit, placuisse tamen Romanis, rei immobilis non esse propriè furtum, sed tantùm vim. Quid autem intersit inter vim & furtum, suo loco audiemus. Et agitur hic de vi expulsiua, cum quis violenter de suo eiicitur siue expellitur. Et nunc facilius intelligi possunt casus, quos in textu indicabo.

§. 6. Aliquando etiam furtiua, &c.

Limitatio est. Furtiua tamen res & vi possessa vsucapi potest, vitio rei purgato; quod fit, si ea res in potestatem veri domini post quandoque redierit. Nam ita purgatur hoc vitium, quod res ante contraxerat, vt à bonæfidei possessore deinceps vsucapi possit, vide de his *in l. sequitur 4. §. quod autem. cum sequenti. D. eod. tit.*

§. 7. Res fisci nostri, &c.

Hic agitur de rebus fiscalibus, nempe, quæ variis ex causis ad fiscum Imperii deferuntur; sed & attingitur locus alius de patrimonio siue bonis patrimonialibus ipsius Cæsaris. Ecce imprimis res ipsæ fiscales, id est, fisci & Imperii vsucapi non solent *leg. quamuis 18. leg. vbi lex 28. D. l. iam pridem C. communia de vsucap.* Et sic nec ea itidem, quæ ad patrimonium Principis pertinent, vsucapi possunt, *d. l. quamuis.* Iam verò, si ad fiscum deueniant siue deuoluantur bona, vt hominis damnati, vel quæ sunt facta caduca & vacantia, & inter hæc ipsa bona inueniantur bona aliena, & domini innocentis, & ea ab aliis è fisco sint coempta (olim ab emptore quinquennio vsucapiebantur) nunc placuit, vt ilicò fiant emptoris; sed aduersus fiscum dabitur priori domino actio; cui tamen præscribitur quadriennium. Idq; ex auctoritate Principum, quod eodem modo tra-

do traducta ad bona Cæsaris & domus Augustæ patrimonialia transferantur, de quibus vide in *l.2.cum seq. C.de patr. præscription.* Illud etiam notandum, bona vacantia, licet ipso iure ad fiscum pertineant, antequam tamen nunciata & cōfiscata sunt, vsucapi posse, quod nondum videantur esse in patrimonio fisci *d.l.quamuis.* Et hæc sunt quæ hoc *in loco & §.fin.proponit.*

§. 9. Diutina possessio, &c.

Diximus, possessionem oportere esse continuam, cui contraria est interrupta. Sed & interruptioni aduersa est accessio possessionis, de qua nunc quoque agere instituit. Idq; ex titul. *C. de vsucap. transf. & l.14. item 43. D.eod.* Ecce, pater possedit fundum annis tribus, post moritur, & succedit ei filius, qui possidet deinceps reliquo tempore, nempe annis integris & continuis septem ; quæritur, an tempus vsucapionis sit absolutum & vsucapio sit perfecta? Dicitur, perfectam esse, quia alterius & auctoris, puta patris, tempus & possessio filio successori accedit. Nota autem etiam hoc verum esse, etsi filius conscientiam habet rei alienæ, & ita malæfidei sit possessor. Spectatur enim, vt alibi dixi, initium possessionis, quæ hic vna fingitur continua. An hæc verò Pontificii etiam emendabunt? Porrò illi consequens est, vt, si primus possessor, hoc est pater, malam habuit fidem, non prosit filio deinceps sua bona fides. Atque habuit locum hæc accessio in re immobili, item, in successore vniuersali, qualis est heres. Posteà tamen videtur idem placuisse in re mobili, & successore particulari, qualis est emptor & venditor, *vt hic & allegatis ll.*

Huc vsque de vsucapionibus & præscriptionibus tum his longi temporis, tum illis nouis longissimi temporis, naturâ difficilibus & periculosis, quas ideò (fateor) vt & alia quędam, ad conscientiam omninò adducere siue reducere voluerunt sanctiores Canones. Sed quid efficiunt in eo mundo, cui semper ob aures circumsonat illud Persii?

Regustatum digito terebrare salinum,
Contentus perages, si viuere cum Ioue tendis:

Ideò boni, ac fortè rerum non satis periti, cuperent in legum etiam necessitatem talia transferri. Sed quàm præposterè hoc fiat, vellem saltem videri apud felicis memoriæ eximium virum D. M. Lutherum *in explicatione Psal. 45 vers. Virga directionis virga regni tui, &c.* & alios.

DE DONATIONIBVS.

TITVLVS VII.



ST & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera, mortis causa, & non mortis causa. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, quùm quis ita donat, vt si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit; sin autem superuixisset is qui donauit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit.

§.2. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia; nam cùm prudentibus ambiguum fuerat, vtrùm donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, & vtriusque causæ quædam habebat in-

ſignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant, à nobis conſtitutum eſt, vt per omnia ferè legatis connumerentur, & ſic procedat, quemadmodum noſtra conſtitutio eam formauit. Et in ſumma, mortis cauſa donatio eſt, quùm magis ſe quis velit habere, quàm eum, cui donat, magiſque eum, cui donat, quàm heredem ſuum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:

Πείραι', οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα,
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντες πατρώϊα πάντα δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Odyſſ. 17. circa principium:

Pirae, incertus quoniam rerum exitus harum eſt,
Si tacita incautum ſtolidi me fortè necare
Morte proci poterunt, & opes vexare paternas.
Hæc ego te malo quàm illorum quempiam habere:
Sin ego eos iuſta meritos affecero clade,
Tu mihi tu læto reddes illa omnia lætus.

§. 3. Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine vlla mortis cogitatione fiunt, quas inter viuos appellamus, quæ non omninò comparantur legatis, quæ ſi fuerint perfectæ, temerè reuocari non poſſunt.

§. 4. Perficiuntur autem, quùm donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtauerit. Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit, vt etiam ſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori. Et quùm retro Principum diſpoſitiones inſinuari eas actis interuenientibus volebant, ſi maiores fuerant ducentorum ſolidorum, conſtitutio noſtra eam quantitatem vſque ad quingentos ſolidos ampliauit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit; ſed & quaſdam donationes inuenit, quæ penitus inſinuationem fieri, minimè deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad vberiorem exitum donationum inuenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas ſuper his expoſuimus, colligenda ſunt.

§. 5. Sciendum eſt tamen, quòd etſi pleniſſimę ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem licentiam præſtitimus certis ex cauſis eas reuocare, ne illi,

illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur iniuriam vel iacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

§. 6. Est & aliud genus inter viuos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, posteà autem à iunioribus diuis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, vt tunc ratum esset, cùm matrimonium esset insequutum. Ideoque antenuptias appellabatur, quòd ante matrimonium efficiebatur, & nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat.

§. 7. Sed primus quidem diuus Iustinus pater noster cùm augeri dotes, & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eueniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio, sua constitutione permisit, sed tamen nomen inconueniens remanebat, cùm ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum.

§. 8. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, vt tales donationes non augeātur tantùm, sed etiam constante matrimonio initium accipiant, & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, & dotibus in hoc exæquentur, vt quemadmodum dotes constante matrimonio non solùm augentur, sed etiam fiunt, ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solùm antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur & constituantur.

§. 9 Erat olim & alius modus ciuilis acquisitionis per ius adcrescendi, quod est tale: Si communem seruum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit vel vindicta, vel testamento, eo casu pars eius amittebatur, & socio adcrescebat. Sed cùm pessimum fuerat exemplo, & libertate seruum defraudari, & ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, sæuioribus autem dominis lucrum accedere, hoc quasi inuidia plenum, pio remedio, per nostram constitutionem mederi, necessarium duximus.

§. 10. Et inuenimus viam, per quam & manumissor, & socius eius, & qui libertatem accepit nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cuius fauore antiquos Legumlatores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conseruato, pretiumque serui secundum partem dominii, quod nos definiuimus, accipiente.

COMMENTARII.

MODIS acquisitionum, in quibus nunc versamur, annumerat hîc donationē. Meminit autem hoc loco donationis triplicis, donationis causa mortis; donationis nuptialis; & donationis puræ ac simplicis. Et q̄ritur, an hæ donationes modis acquirendi domi-

dominium rectè aggregentur; aut quænam potissimum huc pertinere possit? Videtur quibusdam, donationem nuptialem talem potissimùm habere naturam, sed de hac tamen agit posterius. Donatio causa mortis ad vltimas pertinet voluntates,& æquiparatur legatis. Donatio simplex ad contractus magis videtur pertinere,vt sit causa dominii remota; de quibus causis hic non agitur. Sed quicquid sibi velit Iustinianus,videmus eum dicere,se de alio acquisitionis genere tractaturum. Et putarem potissimùm ipsum proponere velle de donatione simplici & pura; quibus posteà propter vicinitatem rei annectit alia de donationibus. Ergò etiam non verebimur inuerso paululùm ordine de donatione illa primaria, nẽpe pura & simplici, priori loco dicere; puta, quæ & qualis sit,& quæ eius fuerit, atque nunc etiam sit natura? Est autem hæc donatio dicta quasi doni datio, vera & pura rei alienatio,habens gratuitum beneficium, & quæ fit sine vlla alia causa & conditione tantummodo exercendæ liberalitatis & beneficentiæ gratia, hac mente vt non repetatur siue recipiatur. Et non modò placuit pro iure hoc ipsum, vt semel facta non possit deinceps temerè reuocari, sed etiam, vt si quid donatione facta promissum est, à promittente impleatur, posse contra eum agi,vt stet promissis, quod olim quidem, etiamsi stipulatio intercessisset, valebat. Iustiniani verò auctoritate & cõstitutione etiam ex nudo pacto donationis competit actio, quam vocant condictionem ex lege Iustiniani, de quo *in l. si quis argentum 35. C. de donat.* nimirum placuit bono & pio Principi inter homines, quos vult natura colligatos esse, & alterum alteri seruire & prodesse, valere hic veritatem, & vt absint hic ineptiæ pueriles promittentium & non præstantium,vnde illud Martialis:

Si donare vocas promittere, nec dare, Caii,
Vincam te donis muneribusq; meis.

Datur autẽ & soluitur vel sanè natura debitum. Sed iam hoc addendum, hanc quidem in genere esse huius donationis definitionem; veruntamen non tam præcisè etiam semper eam obseruari. Nam & potest subesse aliqua conditio & causa. Ecce imprimis, feudum etiam donatio est, & appellatur beneficium, etsi non sit omninò gratuitum. Imò verò propter feudum debetur seruitium & fidelitas, quod vocant homagium, rectius homigium, iste homo pertinet ad istum dominum,vt notat Cuiacius,quæ itidem seruitia si denegentur, habet locum condictio *causa data, causa non secuta*, ad repetendum feudum. *tit. de feudo sine culpa non amitt. libr. 1. in 2 sib. feud.* Et sic alibi etiam conditio quædam & veluti lex donationi apponitur; quæ si sit apposita, reuocari poterit donatio,si ea lex non seruabitur. *l. vlt. C. de reuocandis donat.* Et vsitatè dicimus: *Beneficium datur pro officio.*

Tum, etsi donatio gratuita est,nec vicissim à donatario aliquid exigatur,tamen obligatur is saltem naturaliter ad ἀντίδωρον, & gratitudinem, *l. sed etsi 25. §. consuluit. D. de petit. hered.* Iam diximus secundo,donationem hanc semel perfectam reuocari & retractari non debere & non posse. Sed & id tamen ita limitatur, nisi donatarius aduersus donantem existat ingratus. Vbi quæritur nunc, vt fieri solet, quis sit ingratus? Equidem ingratus est, vt fortè sciunt omnes, qui non agnoscit beneficium in se collatum,homo iniustus & minimè verax, adeoque verè sceleratus. Sed tamen non puniunt leges nostræ omnem ingratitudinem, alioquin, vt dicebat Seneca, vix sufficerent omnia fora. Notus est versus:

Omnia sunt ingrata, nihil, fecisse benigne, est.

Queritur itaque idem ille Auctor, angustam esse innocentiam ad legem bonum esse. Et Cicero *3. Offic. Nos veræ & germanæ iustitiæ solidam & expressam effigiem nullam tenere, vmbra tantum & imaginibus vti; quas tamen ipsas vtinam sequeremur.* Propterea etiam doctus interpres apud Ciceronem benè obser-

obſeruauit: *Etſi ab his legibus ſeparari & diuelli non poſſunt vera Philoſophica ex veritate iuris naturæ, tamen diſtingui debere.* Et id nos res ipſa coëgit aliquoties facere & admonere, *in tit. præcedenti.*

Ergò ſanè nunc etiam hic in iure aliter definiendus eſt ingratus, nempe inſigniter ingratus, qui nō modò iterum pro eo, quod debet & poteſt, non benefacit, ſed etiam pro benefactis malefacit. Et hic eſt de quo ſcribit Salomon: *Non recedet malum à domo ingrati.* Et alibi dixit: *In animum talem non intrare ſapientiam.* Quod inquit, *non recedet malum*, ex hoc veniunt etiam pœnæ ciuiles, & ſunt in iſtum ingratum legum edicta. Ecce enim ob ingratitudinem reuocatur donatio, *vt hic & C. de reuocand. donat.* Ob ingratitudinem libertus in ſeruitutem repetitur. C. *de libertis & eorum liberis. l. 2.* Ob ingratitudinem liberi ab hereditate paterna excluduntur & exheredantur, *vt infra. de exhered. liber.* Ob ingratitudinem etiam is, qui fidelis dicebatur, amittit beneficium & feudum. *lib. 2. feud. tit. 23. & 24.*

Et nunc igitur, quod ad locum præſentem attinet, commemorat Iuſtinianus cauſas ingratitudinis in donatario has: Si donatarius atrocem iniuriam donatori intulerit; ſi in eum manus violentas iniecerit; ſi capitis periculum attulerit; ſi inſigne damnum dederit, *d. tit de reuocand. donat. C. in l fin.* Illud etiam dixi, ſi conditioni adſcriptæ nō obtemperauerit donatarius, poſſe videri eum ingratum, & reuocabitur ob id quoque donatio, *d. l. fin.* Sed quid ſi impia ſiue improba ſit ea conditio? Equidem videbitur illa pro non adiecta; vide *in l. ab adminiſtratione 8. C. de legatis.* Quòd ſi tamen donator errauit, quòd tunc non potius ſatis intelligeret impietatem rei, quia non conſentit, non videtur ea donatio eſſe rata, de quo vide *in l. nec ignorans 10. C eod. tit. de donat.* Porrò addit nunc Iuſtinianus aliud etiam ad ſtabiliendam donationum, præſertim magnarum, maiorem certitudinem, nempe, vt donatio, quæ excedit 50. aureos, in ſcripturam redigatur & inſinuetur. Hoc enim niſi factum ſit, propter rei dubietatem, & ne qua fraus admitti poſſit, eas ex conſenſu factas ſeruare non cogit: niſi tamen rurſus facta eſſet talis donatio ad pias cauſas, quia facta ſit in Eccleſiam, in pauperes, in redemptionem captiuorum, vbi magis mouet cauſæ ipſius pietas. Vide *in l. ſancimus 34. & l pen. C. eod.* Illud etiam notandum, in magna donatione, quando donator ferè excedit ſuas vires, illum tamen actione hac non cogi, niſi in id, quod commodè facere poteſt, ne egeat, & ne liberalitas ſit ipſi fraudi. Vide *in leg. qui ex donatione 12. cum l. ſequent. D. eod.* An etiam de euictione teneatur donator, quæſitum eſt? Et putauero, quòd regulariter non teneatur. vide *in l. Ariſt. 18. §. fin. D eod. l. 2. C. de euict.* Et hæc hactenus de donatione ſimplici & pura, vt vocant.

Nunc attingenda & aperienda ea, quæ fit cauſa mortis. Ea omninò habet conditionem, ſub qua reſoluatur; nam is animus ferè ſubeſt, quòd is, qui donat, ſe tamen malit habere, quàm eum cui donat; & eum tamen magis, quàm alium quemlibet; & oſtendit hic textus tribus omninò modis fieri irritam & reuocari, & morte tamen confirmantur eæ donationes, ſicut aliæ donationes teſtamentariæ; nam & legato hæc ipſa donatio comparatur. In ſumma, eò recidunt omnia, quòd morte demum talis donatio conualeſcit. vide *in l. vltim. C. de donat. cauſa mortis.* Igitur de his videbimus textum. Prius tamen indicandæ ſunt aliquæ differentiæ iuris & fori Saxonici. Et, vt dicam ſimul, eo iure non eſt tam libera facultas donandi. Primò enim non licet donare, vt aiunt, ohn Gericht vnd der Erben Erlauben/ vide *artic. 52 lib. 1.* Landtrecht. item Faccium *diff. 4.* Deinde etiam obſtat donationi ægritudo. *d. loco lib. 1.* Landtrecht/ Reinhard. *diff 2.* Tertiò, bonorum etiam conditio hic ſpectatur, in quibus non eſt ita liberum donare, vt, ſi ſint bona genearchica, quæ veniunt à com-

Aa muni

muni patente, vulgo Stammgüter/ *dict. loco articul. 52. & ibi gloss. in litera E. item num. 8.* Atqui ista omnia iuri nostro sunt ignota. Iam, quoad insinuationem, est quoque differentia, quod iure Saxonum hæc insinuatio ad donationis stabilitatem semper requiratur, *dict. artic. 52.* quod tamen gloss. ibidem restringit ad res saltem immobiles. Colligunt nonnulli & aliam differentiam, veluti, quod iure Saxonum donator de euictione non teneatur. *lib. 3.* Landtrecht/ *art. 4.* Sed ego puto ius ciuile non differre, *vt supr.* Illud libenter etiam obseruo, quod omnes notarunt illum *artic 52.* ita restringentem donationes, non pertinere ad testamentum & vltimas voluntates, quasi ibi maior sit libertas. Sequitur nunc de his donationibus textus.

℣. Donationum duo sunt genera, &c. Præcipuè donationes diuiduntur hoc modo, quod aliæ sint puræ, meræ & simplices donationes, quæque ex mera proficiscantur liberalitate siue certa & euidenti cōditione: aliæ causam aliquā habeāt & veluti conditionē, sub qua resoluantur. Et quidem donatio illa pura & mera non habet vllum respectū ad metū mortis, qua ratione dicitur donatio inter viuos, ꝙ inter viuos fiat. Alia, de qua hic statim in initio, dicitur donatio causa mortis, nempe ex liberalitate quidem proficiscitur & animo gratificandi ferè, sed tamen conditionem mortis habet additam, & sub conditione resoluitur, de qua re nuper dixi. Porrò ad comprobandam ostendendamque huius donationis naturam adfert exemplum ex Homero, *lib. 17. in Odyss.* vbi Telemachus ita donauit Piræo comiti itineris.

§. 6. Est & aliud genus, &c.

Nunc vult dicere de donationibus nuptialibus, siue propter nuptias, quæ fiunt respectu nuptiarum inter viuos, non causa mortis. Sed tamen puræ & absolutæ donationes ferè non sunt, verùm propter causas fiunt, nempe propter nuptias & respectu nuptiarum. Et quidem variæ sunt illæ donationes nuptiales, vario etiam vsu, varioque effectu apud diuersas gentes. Ecce, dat sponsus sponsæ, & econtra, licet id rarius; & dicitur sponsalitium, item sponsalia largitas, fortè quod illa constituuntur die sponsaliorum. Et licet fiat liberalitatis & beneficentiæ causa, tamen ferè hisce donationibus conditio subest, si nuptiæ sequantur, quæ si non sint secutæ, reuocatur donatio; & quidem cum conditionibus quibusdam, de quibus sufficit alio loco *ex tit. C.* annotasse. Quod si vero nuptiæ secutæ sint, vera, firma & rata est ea donatio. vide *in l. si mater 12. C. de donat. prop. nupt.* Ius Saxonum meminit etiam donationis, quam vocat Morgengab/ fortè quod manè diei nuptiarum datur, donaturuè. Et quid ea ipsa contineatur vide apud eos *in artic. 22. lib 1.* Meminerunt & alius donationis, quæ iis dicta est Morgenkapf siue Morgengab. vide *in vsibus feud. lib. 2 titul. 29.* & in iure itidem Longobardico. Dicitur & dotalitium, *vt in capit. plerunq. de donat. inter vir. & vxor.* Dotarium etiam alibi vocatur, Græcè ὑπόβολον. Porrò post nuptias etiam, vt alio loco ex fontibus rerum, vt spero, indicaui, viri est siue mariti, vxorem, quam in consortium omnis vitæ recipit, alere, saltem vt *sit illa* (vt habet textus) *iuxta eum, & sit illi in adiutorium.* Sed tamen etiam iure Roman. ad sustinenda commodius ea onera dos quædam, veluti quædam donatio, datur & confertur à muliere. Sed bene etiam, vt monuit ille, dos appellatur donatio propter matrimonium, licet gratuita non sit. Nam & alioquin dos mulieris propriè manet, & soluto matrimonio eam restituere plerumque oportet vxori vel aliis, ad quos pertinet, licet maritus fructus interim lucretur, ad sustinenda, vt dixi, onera. Habet & alia quædam bona vxor, quæ marito non donantur, nempe paraphernalia,

(Galli

(Galli vocant peculium) quæ mulier vsu habet in domo mariti, & quorum maritus non dominus, sed saltem legitimus quidam administrator est. vide *in l. si ego 9. §. dotis. D. de iure dotium.* Vide etiam de dote receptitia *in leg. mortis causa 31. §. 3. D. de donation. causa mort.* & Agellium de hoc *libro decimo septimo. cap sexto.*

Porrò verò vicissim etiam maritus in vxorem confert donationem in compensationem illius dotis, quæ dicitur speciatim donatio propter nuptias, Græcè ἀντιφέρνη. Rectè monuit hic Wesemb. melius ea dici potuisse donatio propter dotem. Quæ quidem non ideò confertur in vxorem, vt eius sit, imò ne fructus quidem ipsa lucratur, sed saltem ad securitatem dotis, quasi hypothecæ loco ea donatio confertur, & soluto matrimonio, si mulieri de dote satisfactum sit, liberè redit & manet apud maritum. Interim tamen in his donationibus (dote dico & donatione propter nuptias) æqualitatem esse oportuit. Sed & hoc tamen obtinet, vt conueniri etiam possit de lucrandis & retinendis hisce donationibus & dotibus vel earum parte certis ex causis, &c. Sed de his omnibus alibi. Et magna est varietas in moribus regionum. Plurimum etiam hic valent pacta nuptialia siue dotalia. Et videmus accidere (si pateris me dicere verum) vt cùm non tam de vera vxore, quàm de splendida dote quærenda quis solicitus est, nec ferè vxorem nec dotem, vt quærebat, inueniat; sed appareat, tantùm in hisce putatiuis, vt sic loquar, splendida quædam miseria, & ita punitur auaritia, quæ contaminat hunc saluberrimum nuptiarum contractum. Atqui hæc de donationibus nuptialibus.

Nunc illud dicendum de, hac donatione, quæ dicitur propter nuptias, potissimum hic agere Iustinianum, vbi ostendit, quæ & qualis fuerit & sit eius natura. Ait, eas donationes veteribus prudentibus fuisse incognitas, nempe quales nunc eæ sunt & hîc describuntur, alioquin in genere fuerunt iis notæ donationes propter nuptias. Et ait amplius & docet, si res ita ferat, posse nunc has donationes, vt & dotem constante etiam matrimonio constitui & augeri, cum alias inter coniuges non valeat donatio, nempe pura & mera, ne discant amorem atque concordiam coniugalem pretio redimere, quod nota. *D. de donation. inter vir. & vxor.* Ait denique debere has donationes non ante nuptias, sed propter nuptias vocari, quo magis conueniant etiam nomina rebus.

§. 9. Erat olim & alius modus, &c.

Annectit hîc alium etiam modum acquirendi dominium per ius quoddam accrescendi. Sed hæc vetera sunt, & iis hodie non vtimur, vide *C. de communi seruo manumisso.*

QVIBVS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

TITVLVS VIII.



CCIDIT aliquando, vt qui dominus rei sit, alienare non possit, & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus inuita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamuis ipsius sit, dotis causa ei datum; quod nos, legem Iuliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cùm enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, & alienationes inhibebat, quæ inuita muliere fiebant, hypothecas autem earum rerum, etiam volente ea, vtrique remedium imposuimus, vt etiam in eas res, quæ in prouinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, vt neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum conuertatur.

§. 2. Contrà autem creditor pignus ex pactione, quamuis eius ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideò videtur fieri, quòd voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, vt liceret creditori pignus vendere, si pecunia non soluatur.

§. 3. Sed ne creditores ius suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cuius tenore vtrique parti, creditorum & debitorum, satis abundeque prouisum est.

§. 4. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, vllam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, ideoque vendicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quòd mutuò minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

§. 5. At ex contrario, omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate rectè dari possunt. Ideoque si debitor pupillo soluat, necessaria est debitori tutoris auctoritas, alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam euidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses aduocatos ex suggestione Tribuniani viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgauimus, qua dispositum est, ita licere tutori, vel curatori debitorem pupillarem soluere, vt

re, vt priùs iudicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat; quo subsequuto, si & Iudex pronunciauerit, & debitor soluerit, sequatur huiusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quàm disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem saluam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoueri.

§. 6. Quòd si malè consumpserit, aut furto, aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur, quia temerè sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem soluerit. Sed ex diuerso, pupilli, vel pupillæ soluere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod soluunt, non fit accipientis, quùm scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

COMMENTARII.

PRIVSQVAM transeat ad modos alios acquirendi, & quidem vniuersales, duo alia oportunè putauit interiicienda, separatis etiam titulis; & putant quasi Exceptionem & Ampliationem ista proponi. Hic enim vult docere, vt habet statim propositio, nonnunquam dominum alienare non posse, nonnunquam eum, qui dominus non est, alienare tamen posse. Alienare propriè dicitur de translatione dominii. Iustinianus tamen etiam statuit, vt is, qui alienare prohibetur, non modò non possit dominiũ transferre, vsumfructum dare, seruitutem imponere, sed neque pignori obligare. vide *in leg. 67. D. de verb. sig. l. 1. § est autem alienatio. C. de fundo dotali. l. fin. C de reb. alienis non alien.* Attamen debet etiam hoc verbum ex repræsenti æstimari, de quo infra quoque videbitis. Sequuntur casus & exempla.

℣. Nam dotale prædium, &c. Ecce iterum de dote. Dotis causam præcipuam esse, & Reipublicæ curæ esse, vt dotes, quę saltem ad sustinenda onera matrimonii conferuntur, mulieribus sint saluæ, alio loco & iam ante etiam de his diximus. vide *D. de iure dotium in l. 1. & 2. item D. soluto matrimonio quomodo dos pet. in l. 1.* Maritus itaque eius, quod dotis nomine datur, domin. efficitur, (etsi tamen verum & naturale dominium dotis manet vxoris, de quo *in l. quamuis 6. D. de iure dot. & in l. in reb. 30. C. de iur. dot.*) dotem tamen, siue dotis causa datum, non potest oppignorare, siue quocunque modo alienare; lex enim prohibet & lex obstat, impediens alienationem, quam ratam non habet, quod factum est olim lege Iulia. vide *in l. vnic. §. & cum lex. C. de rei vxor. act.* Et id vsq; adeò obtinet, vt etsi vxor ad hoc consenserit, tamen liceat alienationem factam reuocare, vt dotem habeat saluam. Et id quidem hodiè simpliciter ita obtinet, cum olim ea in re alia fuerit distinctio, vt habes in textu, vbi monebo. Porrò maximè obtinent hæc in rebus immobilibus. Loquitur igitur de fundo dotali. Nam res mobiles, si ea sit rerum necessitas, faciliùs alienantur, si maritus aliàs sit soluendo. Namque oportet semper dotem saluam manere mulieri, quæ etiam præcedit omnes alios creditores, & ea ratione siue conditione etiam fundus, si æstimatus sit, faciliùs alienari potest; loquimur enim maximè hic de fundo inæstimato. vide *D. & C. de fundo dotali, item in l. assiduis 12 §. ad hæc. C. qui pot. in pig. habeantur. & infra tit. de act. §. fuerat antea.* Ergò tandem nec mariti nec vxoris voluntate res dotalis alienari potest,

 vt mu-

vt mulier sua dote fraudetur. vide quæ notantur *h. in gl. item in iure Sax. li. 1.* Landtrecht/ *art. 20. num. 11. & 12.* Et sic etiam consequitur, mulierem huic beneficio renunciare non posse. Illud quæsitum est, si iusiurandum accesserit, an oporteat valere & firmam manere alienationem? Et aliud, vt puto, habent hic leges, spectantes commodum publicum, aliud Canones in causa conscientiæ; de quo vide *in c. cum contingat. ext. de iureiur.* Verùm hæc disputare nunc non possum. Concluderem tamen (saluo aliorum iudicio) in hac re præcipuã esse quodammodo causam rei & commoditatis priuatæ, & proinde melius esse, vt seruari iubeatur promissio siue veritas iurata. Excipiunt tamen etiam Canones, nisi metu sit extortum iusiurandum *d. c. cum contingat.* Verùm hic sibiipsis parùm videntur constare. Putauero autem interesse, quis & qualiter metum incusserit. Sed hæc omnia ex professo tractare nunc non possumus, nisi contingat aliquando excutere locum illum communem de Iuramentis, quem proposuit Domin. Philippus, sanctæ memoriæ præceptor *ad libros Ethices.*

§. 2. Contra autem creditor, &c.

Dixit, vbi dominus alienare non potest; nunc ostendit, vbi non dominus ius alienandi accepit. Ecce, creditor ad securitatem suam accepit pignus; eius pignoris dominus non efficitur. *l. pignus 8. C. de pig. act.* & tamen, nisi ipsi constituto tempore satisfiat, vt ita pignus traditum liberetur & redimatur, ius alienandi & vendendi, vt debitum suum inde recipiat, habet. Et non modò, si ita ab initio conuenerit, quo tamen casu simplicius & apertius ius est; sed etsi de eo non conuenerit, vt tamen hoc casu ante, ter ad summum, diuersis temporibus denuncietur, vt pignus redimatur. De quo vide *D. de pig. distract. & ibi in l. creditoris 8. l. creditor 13. & in l. si conuenerit 4. D. de pig. act.* Sed quid, si nemo sit, qui emat? Agebatur de iure dominii, vt ipse debitor pignoris efficeretur dominus, de quo *titul. Cod. de iure dominii impetrando.* Et in hoc deinceps loco, & de distractione pignorum, aliud quoddam & nouum ius introduxit Iustinianus, cuius & hic meminit, quo sanè, vt apparet, magis consulit debitoribus quam creditoribus, nisi tamen ipsi sibi pactis de distractione pignorum prospexerint; nam illa seruabuntur, modò ne accedat iniquitas. De quo postea. Vult itaq; Iustinianus, si de pignore tradito distrahendo post moram nihil conuenerit, vt post eam moram facta denunciatione, vel etiam post iudicis sententiam, biennium adhuc expectetur, & si interea emptor non existat, iterum vult admoneri debitorem, vt soluat & pignus luat; & si eum absentem fortè non inueniat, tempus, quo redimere possit, à Iudice præscribetur. Post si adhuc cessatum sit, tum demum creditor a Principe impetrabit facultatem pro dominio rem pignoratam possidendi; qua etiam impetrata iterum biennium conceditur, vt debitor agnoscat debitum, ac cum eo, quod creditoris interest, persoluat & ita pignus recipiat. Quod si verò & id tempus passus sit debitor præterire, tunc tandem creditor efficietur rei pignoratæ legitimus dominus, ita tamen, vt quãdocunq; id petatur, reddat, quatenus probatũ fuerit pignus debitũ excedere, nempe ex alieno lucrum facere non debet. Hæc igitur Iustinianus *C. de iure dom. impet.* Sed, vt hoc nunc addam. Ergò non valet pactum, vt si ad tempus conuentum non fuerit solutum, liceat pignus, sine vlla refusione (vt pignora plerumque excedunt debitum) pro suo retinere. Id enim pactum captiosum est, & veluti vsurarium, & vocant pactum legis commissoriæ, quod leges improbant. Vide *C. de pact. pign. vbi in l. vlt.* Rursus ex hoc loco ostenditur, licere tamen pignus retinere, si non & vsuræ rei debitæ ob moram persoluantur, & vide *in l. solutum 11. § si in sortem D. de pig. act. l. grege 13. § fi. D. de pig.*

§. 4 Nunc

§. 4. Nunc admonendi, &c.

Deinceps agit hoc Titulo de pupillis, qui & ipsi, licet rerum suarum domini sint, liberam tamen potestatem non habent, & alienare res suas saltem sine tutoris auctoritate non possunt. Et pertinent itaque hæc rursus ad priorem partem tituli, siue priorē illam partem propositionis. Notabis autem, pupillum mutuum dare sine tutoris auctoritate efficaciter non posse; nec itidem id, quod debet, soluere. Solui tamen ipsi pupillo sine tutoris auctoritate potest, licet ex hoc non semper omnino liberetur is, qui soluit. De quo vide *in l. sancimus 25. C. de adm. tut.* Sed hæc omnia inde sunt, quod pupillus etiam sine tutore res suas meliores facere potest, at deteriores non potest. Et de his omnibus diximus *lib. 1. tit. de auctorit. tut.* vt non sit cur actum agamus.

PER QVAS PERSONAS CVIQVE ACQVIRITVR.

TITVLVS IX.



ACQVIRITVR vobis, non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis, item per seruos, in quibus vsumfructum habetis, item per homines liberos & per seruos alienos, quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentiùs dispiciamus.

§. 2. Igitur liberi vestri vtriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos peruenerat (exceptis, videlicet, castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine vlla distinctione, & hoc ita parentum fiebat, vt etiam esset eis licentia, quod per vnum, vel vnam eorum acquisitum esset, alii filio, vel extraneó donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare.

§. 3. Quod nobis inhumanum visum est, & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reseruauimus. Sancitum etenim à nobis est, vt si quid ex re patris ei obueniat, hoc secundum antiquam obseruationem totum parenti acquiratur. Quæ enim inuidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reuerti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamiliâs acquisiuit, huius vsumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perueniens, luctuosum ei procedat.

§. 4. Hoc quoque à nobis dispositum est, & in ea specie, vbi parens emancipando liberos suos, ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere (si voluerat) licentiā ex anterioribus constitutionib. habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis, & inhumanum quiddā accidebat, vt filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defrau-

defraudaretur, & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quòd sui iuris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decresceret. Ideoque statuimus, vt parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed vsusfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

§. 5. Item vobis acquiritur, quod serui vestri ex traditione nanciscuntur, siue quid stipulentur, siue ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & inuitis obuenit. Ipse enim seruus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non aliâs, nisi vestro iussu, hereditatem adire potest. Et si vobis iubentibus adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et conuenienter, scilicet, vobis legatum per eos acquiritur.

§. 6. Non solùm autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur; sed etiam possessio. Cuiuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Vnde etiam per eos vsucapio vel longi temporis possessio vobis accidit.

§. 7. De iis autem seruis, in quibus tantummodo vsumfructum habetis, ita placuit, vt quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adiiciatur; quòd verò extra eas causas consequuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is seruus heres institutus sit, legatumuè quid ei, aut donatum fuerit, non vsufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.

§. 8. Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide possidetur, siue is liber sit, siue alienus seruus. Quod enim placuit de vsufructuario, idem placet & de bonæ fidei possessore.

§. 9. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si seruus est. Sed bonæ fidei possessor, quùm vsuceperit seruum (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest.

§. 10. Fructuarius verò vsucapere non potest. Primùm, quia non possidet, sed habet ius vtendi fruendi: deinde, quia scit seruum alienum esse.

§. 11. Non solùm autem proprietas per eos seruos, in quibus vsumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, quæ bona fide vobis seruit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in vtriusq; persona secundum distinctionem, quam proximè exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

§. 12. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro iuri

subiectos

subiectos habetis, neque bona fide possidetis, item per alienos seruos, in quibus neque vsumfructum habetis, neque possessionem iustam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solùm scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum diui Seueri constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit qui tradidit, vel vsucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

§. 13. Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur; nam legatorum ius, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur, item fideicommissorum, vbi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus.

§. 14. Videamus itaque nunc, quibus modis per vniuersitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, siue cuius bonorum possessionem petieritis, vel si quem abrogaueritis, vel si cuius bona libertatum conseruandarum causa vobis addicta fuerint, eius res omnes ad vos transeunt. Ac priùs de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est; nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et priùs est, vt de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obueniunt, qua in re necessarium est, initium de ordinandis testamentis exponere.

COMMENTARII.

ALIVD nunc itidem proponit caput, nempe quæri poterat, anne per nos ipsos tantùm acquiramus dominiũ, (qua de re hactenus actum est) an verò sint aliæ etiam nonnullæ personæ, per quas nobis acquirere, & res nostras agere possimus? Qua de re nũc disputat ex *l. acquiritur 10. D. de acquir. dom.* docens, non tantùm per nos ipsos, sed & per liberos nostros, & seruos, & alias itidem nonnullas personas nos acquirere; qua in re est effectus patriæ & dominicę potestatis, quod *sup. lib. 1.* tantùm attigerat, cùm diceret: *seruos quicquid acquirunt illicò domino suo acquirere.* Et sanè ante docuit etiam Philosophus *lib. 1. Polit. c. 3.* seruos itemq; & liberos in domo esse veluti animata quędam instrumenta, per quæ paterfamilias rem familiarem administret, &c. Porrò proponit Iustinian. primùm generalem proportionem, quam deinceps persequitur, docens principiò de liberis, qui etiam præcipuus hic locus est.

§. 2. Igitur liberi vestri, &c.

Prima pars de acquisitione personarum est de acquisitione per liberos nostros, vbi incurrit inspectio de peculio & eius varietate. Et imprimis itaque sciendum hic est, eas personas, quæ sunt in potestate, antiquitùs nihil consueuisse habere proprium, quando etiam, quod ipsi acquirerent, aliis acquirerent, iis nimirũ, in quorũ sunt potestate. Et quod eæ personæ comparcendo & alia sua industria acquirere & cõgerere cõsueuerũt, id peculium dicitur. Teste quidem Pomponio, *peculium dicitur quicquid alicuius labore & industria factum est q sit eius proprium.* sed tamen iure nostro præceptum est, vt propriè

peculium diceretur de iis, quæ persona in potestate, puta, filius vel seruus, permissu patris vel domini quasi peculiaria à rebus paternis vel dominicis haberet, licet tamen ea quoque in bonis paternis & dominicis censerentur, quod nihil ferè sibi propriè acquirerent isti, qui sunt in aliena potestate, vide de his Dionis. *lib.8.* Vlp. *in Inst.ti.20.* Theoph. *infra eod.tit.§.sequenti item l. depositis 5. & l. peculium 39. D. de peculio* Attamen in filiosfamilias aliter cepit distingui, ex quo quædam sibi propriè acquirere & seruare potuit, nimirum, si quando filiifamilias milites forent, placuit, quod occasione militiæ acquisiuerunt, id ipsorum esse proprium, de quibus etiam testari illis permissum est. *l. ex nota 10. D. de Castrens. pecul.* Vlpian. *d tit 20. & infra quib. non est permiss. facer. test.* item pulchrè Iuuenal. *satyra 6.* vide etiam *l.6. Cod. de pecul. cast. lib. 12.* Idem postea etiam placuit in iis, quæ filiusfam. sibi ex liberalibus studiis earumque professione & exercitio acquisierit. *l.1.§. nec Castrense. D. de collat. bon. cum simil. locis. & infra de militari testamento. §. fin.* Et hæc sunt, quæ dicuntur peculium Castrense & quasi Castrense. In cæteris mansit ius vetus, vt, si quid filiusfa. acquireret, aut si quid filiofamil. donaretur, id patri acquireretur & patris esset. Cœpit tamen & in his aliquatenus distingui inter vsumfructum & proprietatem, nimirum, vt vsusfructus saltem esset patris, proprietas salua maneret filio; quod, nisi bona ab ipso patre siue paterna substantia essent profecta, obtinuit generaliter. vide *C. de bonis quæ liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur, & eorum administration. & ibi post alia in l. cum oportet. 6.* Et in his sunt, quæ dicuntur peculium profectitium & aduentitium. Et in summa, putant, peculium hoc filiorumfamilias esse Castrense & paganum. Ita Constantinus Harmenop *lib 5. tit. 2.* Sed rursus etiam subdiuidunt, vt sint species quatuor. Castrense peculium comprehendit etiam quasi Castrense: Paganum diuiditur in profectitium & aduentitium. Idem Harmenop. Et vt nunc breuiter dicam, Castrense & quasi Castrense peculiũ filiorum proprium est, profectitium totum patris est; aduentitium vsufructu saltem pertinet ad patrem. Vt nunc etiam breuiter definiam: Castrense peculium in summa est, quicquid occasione militiæ acquiritur, de quo vide latius *in l. miles 4. l. cas. 11. D. de Castr. pecul. & l. filius f. 4. C. famil. ercisc.* item Iul. Paul. *in sent. lib. 3. ti. 4.* Quasi Castrense peculium est, quod acquiritur ex quasi quadam militia, puta togata, vel eius occasione, ex professione liberalium artium, earumuè exercitio, in Aduocatione, &c. de quo videbis *in l. vlt. C. de inoffic. test. l. fori 4. & l. cum aduocatio 8. Cod. de aduocat. l. velut 7. C. de assessorib & infr. de militari test. §. fin.* Profectitium peculium est, quod ex re vel substantia patris vel occasione patris obuenit. Vide *in d. l. cum oportet 6 item in l. profectitia dos 5. D de iur. dot.* Cætera, quæ aliunde parantur & veniunt, & ex bonis itidem maternis, ad peculium aduentitium pertinent. De quibus *C. de bonis mater. & materna generationis. & d. ti. C. de bonis quæ liber. &c. vbi in l. 7.*

§. 4. Hoc quoque à nobis, &c.

Si pater filium emancipasset & sui iuris fecisset, pro hoc beneficio, aduentitiorum quorundam bonorum, in quibus solum vsumfructum habebat, tertiam partem pleno iure retinebat. Iustinianus ei potius dimidiam partem vsusfructus ob hoc relinquit. Vide *d. tit. C. de bonis quæ lib.* vbi maxime *in d. l. 7. §. cum autem.*

§. 5. Item vobis acquiritur, &c.

Nunc de acquisitione, quæ fit per seruos nostros. In summa in seruo vnius generis est peculium, quod est dominicum & in bonis domini. Seruus enim ipse proprium non habet, & quicquid acquirit, domino acquirit, ignoranti etiam & inuito, nisi placeat repudiare. De quo vide text. *h. & in d. l. acquiritur 10. D. de acquir. do. cum simil.*

§. 7. De

§. 7. De iis autem seruis, &c.

Tertiò de seruo, in quo solum vsumfructum habemus. Huic *infra libr. 3. eod. propè titulo* addit seruum, in quo vsum saltem habemus. Quanquam sunt, qui illum locum mendosum putant. Porrò & regulam hic tradit istiusmodi: *Seruus quicquid ex re nostra, vel ex operis suis acquirit, nobis acquirit, cætera magis proprietario*; id quod declarat exemplo.

§. 8. Idem placet & de eo, &c.

Nunc quartò de eo, qui nobis bona fide seruit, siue sit homo aut seruus alterius, siue homo liber. Is igitur eodem modo ex duabus illis causis acquirit illi, cui hactenus seruit, cætera verò acquirit vel domino vero, vel sibiipsi, cum constabit de eius libertate. Posteà addit alia de vsucapione, quæ ex alio tit. & loco nota esse poterunt.

§. 12. Ex his itaque apparet, &c.

Per conclusionem infert quasi à repugnantibus per liberas personas, quæ nostro iuri non sunt subiectæ, nihil nobis acquiri; quod exceptis iis, qui in domo & familia nostra nostræ potestati subiecti sunt, veluti animata quædam instrumenta, vt supra dixi ex Aristotele, conuenit, vnumquemq; sua agere, sibi acquirere. Vide *in l. stipulat. ista 38. §. alteri. D de verb stipul & infra de inutil stipul. §. alteri item in l. quæcunq. 11. D. de oblig. l. ea, quæ 53. D. de acquir. dom.*

Excipit tamen Procuratorem, qui propter mandatum, quod habet, nobis acquirit. Et sic per alium facientes per nos fecisse quodammodo videmur, *c. qui facit per alium. de regul iuris in 6. & l quod iussit 180. D. de reg. iuris.* Porrò, quæ per Procuratorem acquiruntur nobis, videbitis *in l. 1. C. de acquir. poss. & l. 1. C. eodem titulo.* Hic scribit de possessione acquirenda, ex qua dominium & vsucapio.

§. 13. Hactenus tantisper, &c.

Transitio est, vbi à modis acquirendi dominii singularibus ad vniuersales progreditur, quos etiam breuiter & obiter describit. Sed hoc nos alio loco fecimus, *supra ad §. final. tit. de vsu & habit. 2.* Reiicit tamen etiam quosdam alios modos singulares in alium commodiorem locum. Parasceuen etiam instituit ad futuram tractationem, &, vt fieri solet, orditur rem paulò altiùs, ex quo venit ad materiam insignem testamentorum.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

TITVLVS X.



TESTAMENTVM ex eo appellatur, quòd testatio mentis sit. Sed vt nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in vsu fuisse, quorum altero in pace & otio vtebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cùm in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet, quod per emancipationem, id est, imaginariam

ginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus, & libripende, ciuibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur.

§. 2. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt; quod verò per æs & libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in vsu esse desiit. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad ius ciuile referebantur, postea verò ex edicto Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Iure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cùm iure ciuili signa testium non essent necessaria.

§. 3. Sed cùm paulatim tam ex vsu hominum, quàm ex constitutionum emendationibus, cœpit in vnam consonantiam Ius ciuile & prætorium iungi, constitutum est, vt vno eodemque tempore (quod ius ciuile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis, & subscriptione testium (quod ex constitutionibus inuentum est, & ex edicto Prætoris) signacula testamentis imponerentur, ita, vt hoc ius tripertitum esse videatur, & testes quidem & eorum præsentia vno contextu testamenti celebrandi gratia à iure ciuili descendant, subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum obseruatione adhibeantur, signacula autem & testium numerus ex edicto Prætoris.

§. 4. Sed his omnibus à nostra cōstitutione propter testamentorum syncaritatem, vt nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, vt per manus testatoris, vel testium, nomen heredis exprimatur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant. Possunt autē omnes testes & vno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli vna sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

§. 5. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque seruus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges iubent improbos, intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

§. 6. Sed quùm aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem seruus apparuit, tam diuus Adrianus Catoni, quàm postea diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, subuenire se ex sua liberalitate testamento, vt sic habeatur firmum, ac si, vt oportebat, factum esset, quùm eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset, qui status ei quæstionem moueret.

§. 7. Pa-

§. 7. Pater, necnon is, qui in poteſtate eius eſt, item duo fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, vtique teſtes in vno teſtamento fieri poſſunt, quia nihil nocet, ex vna domo plures teſtes alieno negotio adhiberi.

§. 8. In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filiusfamilias de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater eius rectè adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate eiusdem patris eſt: reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium. Sed neq; heres ſcriptus, neque is, qui in poteſtate eius eſt, neque pater eius, qui eum habet in poteſtate, neque fratres, qui in eiusdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt, quia hoc totum negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teſtatorem & heredem agi.

§. 9. Licet autem totum ius tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem, & eos, qui per poteſtatem ei coniuncti fuerant, à teſtamentariis teſtimoniis repellebant, heredi autem, & iis, qui per poteſtatem ei coniuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis præſtare, licet ii, qui id permittebant, hoc iure minimè abuti eos debere ſuadebant: tamen nos eandem obſeruationem corrigentes, & quod ab illis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiæ emptoris, meritò nec heredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis perſonis, quæ ei (vt dictum eſt) coniunctæ ſunt, licentiam concedimus, ſibi quodammodo teſtimonia præſtare; ideoque nec eiusmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſeri permiſimus.

§. 10. Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non iuris ſucceſſores ſunt, & aliis perſonis eis coniunctis teſtimonium non denegamus, imò in quadam noſtra cõſtitutione & hoc ſpecialiter eis cõceſſimus. Et multò magis iis, qui in eorũ poteſtate ſunt, vel qui eos habẽt in poteſtate, huiusmodi licentiã damus.

§. 11. Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an in chartis, membranisuè, vel in alia materia fiat.

§. 12. Sed & vnum teſtamentum pluribus codicibus conficere quis poteſt, ſecundum obtinentem tamen obſeruationem omnibus factis; quod interdum etiam neceſſarium eſt, veluti ſi quis nauigaturus & ſecum ferre, & domi relinquere iudiciorum ſuorum conteſtationem velit, vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatibus imminent.

§. 13. Sed hæc quidem de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare Iure ciuili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat hoc perfectiſſimum teſtamentum Iure ciuili, firmumque conſtitutum.

COMMENTARII.

AGGREDIMVR materiam nouam & perutilem, vbi ex more Scholarum nostrarum præcipuè dicendum est nobis de consequentia ordinis, quam vocant continuationem, quæ alia tamen est hic, alia in Pandect. Sed hæc ad res Iuris extrinsecus adhibentur pro ingenio ipsius auctoris siue scribentis. Quoad nostras Institutiones, constat de hac Methodo *ex §. final. superioris tit.* nempe in modis acquirendi vniuersalibus dicturus Imperator de hereditate siue de acquisitione hereditatis, quæ cum ex testamento, tum ab intestato acquiritur, necessum habet in initio de ordinandis testamentis exponere. Quod clarius explicando sic habet: *Hereditas est successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit. l hereditas 62. D. de regul. iuris.* Supra autem alio loco dixerat idem Iustinianus, hereditatem etiam res in hereditate, quę defuncti fuerunt, significare. De rebus igitur in vniuersum acquirendis agit. Et acquiruntur ea, siue acquiritur ea vniuersitas aut ex testamento, aut ab intestato. Ex testamento cum acquiritur, oportet imprimis testamentum ritè esse factum, & ita factum, vt valeat & subsistat, quo ad formam, nempe, ne qua subsit aut subesse facilè possit suspicio fraudis. Et de eo nunc agit hic titulus, & incipit à definitione, sed nominis, definitio rei alibi extat. Et nunc ad rem. *Testamentum*, inquit, *ex eo appellatur, quod sit testatio mentis.* De hac nominis deriuatione litigant Grammatici, Valla *lib 6. cap 36.* A. gellius *lib. 6. cap. 12.* Sed permittamus iis hoc suum otiosum negotium, si placet vide de talibus D. Cuiac. *lib obseruat. 11 c 37.* Ex hoc verò loco quid magnoperè conficiamus siue concludamus, nescio; nisi hoc forte. Non est testatio mentis, veluti in homine furioso. Ergo non est testamentum. Et disputant hic etiam, qui magis abundant otio, de argumento ab Etymologia. Sed de eo vide eos, qui colligunt argumenta locorum, veluti Nicol. Eberhardum. Progrediamur ad definitionem rei: *Testamentum* (inquit Modestinus *in l. 1. D. de testamentis, &c.*) *est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Hanc definitionem loco alicuius edicti more Iurisconsultorum conuenit explicari, & id, quod si saperemus, fieret commodissimè ex ipsis legibus & optimis Auctoribus. Ait igitur, *est nostra voluntatis sententia*, idem significans, quod supra diximus in definitione nominis, testamentum non fieri nisi ab eo, qui de voluntate sua & animi sententia verè edicere & testari potest. Quod inquit, *iusta*, hoc alii aliter explicant, sed Iurisconsultus vsus ostendit, quomodo id vocabulum accipi soleat. Intelligit igitur solemnem, plenam, & vide Budæum *ad Pandect. ad l. 3. D pro socio.* Et potest sic etiam segregari quodammodo testamentum à vicinis speciebus, vt Codicillis, & similibus, qui dicuntur quasi parui codices, scilicet supremæ voluntatis. Addit: *De eo, quod quis post mortem suam fieri velit*, nempe de re & hereditate sua, de qua in præsentia, vt scis, agitur. Sed non modo hoc, verùm etiam (vt animaduertere quoque licet ex Iurisconsultorum responsis) de sepultura corporis & ratione sepulturæ, de exheredatione liberorum, de tutela & educatione liberorum, de viduitate vxoris, de distributione legatorum; in summa, de omnibus rebus suis, de futura etiam spe & confessione suę fidei, &c. Amplius quod inquit, *post mortem suam*, intelligas etiam hoc morte demùm confirmari testamentum, vt tunc sit immutabile & immobile, alioquin voluntas nostra ambulatoria est vsque ad extremum vitę spiritum. *l quod si 4. D. de adimend. legat.* & vide *in cap. cum Marte. §. cæterum de celeb. missa.* Et in his nunc notandum hic, pro æquitate causæ, quod Constantinus Imper. pulchrè scripsit *in leg. prima. Codic. de Sacrosanct. Ecclesi. Nihil magis homini debetur, quam vt supremæ voluntatis liber sit stylus.* Et licitum, quod iterum non redit, arbitrium. Quò pertinet

tinet & id, quod scribitur *in l. vel legare 5. D. quemadmod. test. aperiantur.* Huc etiam pertinet & illa regula, quam habet Marcellus Iurisconsultus: *Cum in testamento ambiguè aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, & secundum id, quod credibile est cogitatu, credendum est. l. cum in testamento 25. D. reb. dubiis.* Sed tamen rursus illud etiam audiendum est, quod scribit Papinianus: *Ineptas voluntates defunctorum non esse seruandas. l. seruo alieno 1. 3. D. de legat. 1.* Et alibi audiemus, talia, puta, inepta, impossibilia, turpia & flagitiosa à testatoribus adiecta pro non adiectis habenda. *l. obtinuit 3. D. de condit. & demonst.*

Porrò ex iam dictis de huius supremæ voluntatis communi libertate illud constare potest, quod à quibusdam moueri solet: testamenti hanc factionem iuris gentium esse. Sanè quo ad suum genus, licet species & forma siue certa solemnitas sit ex iure ciuili. Et hoc monuit etiam Theophilus. Et hæc hactenus ad definitionem.

Deinceps de diuisione, de variis testamentorum generibus & formis. Et imprimis proponit antiquitatem de duplici testamento, quod fiebat calatis Comitiis in vrbe & in pace, item in procinctu à militibus tempore belli. Sed de his antiquitatibus consule alios, mihi sufficit obiter ista indicare, vide Theophilum, Hotoman. Agellium *lib. 15. cap. 27* Gruchium *in lib. de comitiis, præcipuè in præfatione*, & alios Antiquarios. Atqui testamento, quod fiebat calatis Comitiis, successit aliud, quod diu fuit in vsu, quod dicebatur per æs & libram. Illi verò, quod dicebatur fieri in procinctu, successit testamentum nostrum militare. De quo *tit. seq.* Sed & immutatis paucülis in testamento illo per æs & libram, ex auctoritate & iure prætorio inualuit aliud testamentũ & alia testandi forma, & est testamentum prætorium, de quo *in §. sed prædicta.* Imò sublata prorsus ratione testandi per æs & libram ex constitutionibus etiam nouum obtinuit testamentum, quo nunc magis vtimur, sed tamen proponuntur posteà & aliæ formulæ. Et in summa, est nunc imprimis testamentum aliud, vt vocant, paganum, aliud militare; & ex pagano aliud solemne in scriptis, aliud nuncupatiuum. De cæteris postea.

§. 3. Sed cum paulatim, &c.

Sequitur hic testamentum illud nostrum solemne, quo vtimur propè per totum Imperium. Est autem formula ex coniunctione & commixtione veterum illorum testamentorum fabricata & desumpta, vt satis apparebit ex textu, & constat fere *ex his ll. l. heredes palam 21. §. pen. & vltim. l. ad testium 22. & l. pen. D. eodem titul. l. hac consultissima 21. l. cum antiquitas 28. l. iubemus 29. Cod. eod. quibus adde Nouel. 119.* Est autem in summa ea forma talis: *Testaturus de rebus suis & de tota sua vltima voluntate, imprimis nominatim ad hoc conuocabit & rogabit testes septem idoneos & legitimos, vt sint omnes vnà & simul præsentes. Quibus postquam exposuerit causam vocationis, tunc expresse exponet & recitabit suum testamentum in scriptis comprehensum, in quo postea, quæ adhiberi siue adscribi & adiungi ferè solent, nempe procemio, cui addi etiam consueuit confessio fidei de spe vitæ futuræ, partes sui testamenti, prout vult, complectatur. Atque omninò heredem certum eiusque nomen adscriptum habeat. Quod testamentum coram iisdem testibus deinceps sua manu subscribet, suoq; sigillo signabit; quod si ipse scribere nesciat, alium, qui ipsius nomine subscribat, adhibebit. Atque tum curabit, vt ordine testes singuli sese & suum testimonium de vocatione ad hanc testamenti actionem cum die ac tempore subscribant, suoq; sigillo notent, quæ omnia fiant vno eodemq; tempore, nullo alio actu interueniente. Et hæc sanè omnia propter maiorem rei certitudinem.*

Et vtcunque hæc omnia accuratissimè fieri oporteat, in hoc tamen remissiores sunt leges, quod attinet ad annulos signatorios; nam hic omnes vno annulo signare possunt,

possunt, cum alioquin satis discernat & testetur nomen signatis. Vide amplius *in d.l.ad testium 22.* In hoc etiam nihil interest, qua in materia scribatur testamentum; nec sanè itidem, qua lingua scribatur. vide *in l.1.§.2.D. de bon. poss. secundum tabul. & infra in §.nihil autem interest.* Hoc igitur est testamentum firmum & ratum, quod probant; aliter factum non subsistit, non dat, sed auffert hereditatem. Nuda etiam exemplaria descripta ad probationem non sufficiunt, si fortè principale αὐτόγραφον periit. Sed si quis de tali casu metuat, plures potest conficere codices testamentarios iisdem omninò solemnibus, de quo *infra eodem. §. sed & vnum.* & vide *in l. vnum testam. 24. D. eod. & supra dict. loco de bonor. poss §. si quis in duobus.* Et ita nunc habes breuiter, quomodo & qua forma fiat solemne hoc testamentum. Quod si amplius plenam etiam formulam testamenti scire & videre cupis, consule vulgares illos libros formularios & formularum, vt Petri Dominici, Dn. Rolandini, & in vulgari nostra lingua Alexandrum ab Hug. & nouissimè Abrahamum Saurium, & alios artis Notariatus libellos, & quos vocant Deutsche Rhetoric / Notariat vnd Formularbücher. Habet etiam formulas & exempla Commentarius Dn. Schneydewein. Potestis etiam videre de formulis quibusdam antiquis & eruditis apud Georg. Fabr. *in sua Roma.* præsertim in testamento Lucii Cuspidii nobilis Romani, & sanè aliter faciunt testamenta docti, aliter qui non nisi formulas didicerunt.

Verùm, quod ad formam superiorem attinet, fortassis in eo testamento non arridet, quod in scriptis omnia agenda sint, & ex scripto proponenda. (quanquam præcipuam testamenti partem de herede non oportet semper manifestare) Sed si illud non placet, est aliud testamentum, quod dicitur nuncupatiuum, quod fit sine scriptis, palam nuncupando coram iis testibus septem heredem suum, cæterasque testamenti partes, de quo *in §. finali infra.* & vide *l. consultissima 21. §. per nuncupationem. item in l. 26. ff. eodem.* Solent autem iidem testes postea sisti apud Iudicem, vt ibi exponant defuncti nuncupati voluntatem. Nostro tempore etiam hoc testamẽtum, postquam est nuncupatũ, conscribi solet, saltem diuturnioris memoriæ & probationis causa. Nonnulli adhibent (quod videtur tutius & melius) ad hanc nuncupationem Notarium, qui nuncupatum coram iis testibus testamentum excipiat, & scripturæ etiam auctoritate comprobet. Fortassis & in his hoc minus placebit, quod omnia fiant palam. Ecce igitur fit & hoc modo testamentum id solemne, (quod & vsitatius est) vt testamentum secretò fiat & scribatur, & tabulæ eæ testamenti clausæ, & ab ipso testatore signatæ vocatis testibus offerantur, ab iisque petatur, vt qua de causa vocati sunt, de hac testamenti factione testentur, & ea parte, qua charta vacua est, se testes vt testamenti eius subscribant, & sigilla sua apponant. vide *in dict. leg. hac consultissima 21. §. 1.* Fit autem & adhuc aliter etiam testamentum *ex l. omnium 19. Cod. eodem.* nempe, cum quis testamentum suum priuatim & absque his testibus factum offert Principi aut curiis Iudicum aut Municipum, testificans hoc esse suum testamentum, quod apud eos deponit. Et hæc de communibus testamentis.

De testamento cæci, quod nuncupatiuum esse oportet, & plura desiderat solemnia, vide Iustinum *in leg. hac consultissima 8. Codic qui testamentum facere possint.* De testamento rusticano, quo etiam quinque sufficiunt testes, vide *in leg. vltim. Codic. de testamentis.* De testamento militis audies infra. Clerici faciunt testamenta etiam cum duobus testib. iuxta illud: *In ore duorum aut trium stet omne testimonium.* Sed adhiberi tamẽ solet sacerdos Parochus cum tabell' one. vide *in cap. cum esses & cap. prælatum. extra. de testamentis.* & hac formula alibi communiter

etiam

etiam vti solent homines. Inter liberos quoque & parentes facilè cōsistit testamentum minus solemniter factum, de quo vide *in d. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. item in Nouell. 107.* Nouissimè, vt faciliùs defendantur & conseruentur testamēta & hominum supremæ voluntates (quarū curam Respub. etiā suscipit. *l. vel legare 5. D. quemad. testamēta aperiantur*) addi etiam solemnioribus voluntatibus ad finem solet clausula codicillaris, vt vocant, quæ subtiles adinuentiones aduersus testamentum aduertit, hoc modo, vt est in testamento Lucii Cuspidii: *Hanc meam nouissimam voluntatem valere volo iure testamenti, quo si forte non censebitur, nomen & ius habere mando cuiuscunque alterius vltimæ voluntatis, quam penitus & inuiolabiliter obseruari statuo.* & vide *in l. si miles 3. D. de militari testamento. l. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulg. substitutione.* Vides igitur nunc, quotuplex, siue quàm multiplex sit testamentum? Iam ad verba textus.

§. 3. Sed cum paulatim, &c.

Hîc alia est interpretatio D. Wesembecii, alia D. Cuiacii & Viglii.

§. 5. Testes autem adhiberi, &c.

Secunda est huius tit. pars principalis, vbi de testibus testamentariis, quinam in testamento testes esse possint vel non? In qua re regulam imprimis ponit, & deinceps etiā totam eam rem explicat, vbi accidit, vt ab hypothesi aliquatenus etiam perueniatur ad thesin, vel potius hypothesis declaretur ad thesin, cum indicatur generalis quædam natura & conditio testium; & apponitur itidem, quod in hac re speciale est. Nam & alia quædam est conditio testium in testamento, alia in aliis. Imprimis in testamento omnia fiunt ex iure ciuili certis solemniter vocatis & rogatis testibus; sed tamē etiam, quatenus alioquin fieri potest, testamentorum promouenda est magis quàm impedienda & coarctanda. Sed progrediamur quodam ordine. Principio de regula, quæ & difficultatem quandam peperit: *Testes esse, inquit, in testamento possunt ii, cum quibus est testamenti factio.* Hic vt breuiter dicā, quod res est; in testamento testes esse regulariter possunt ii, qui heredes etiam institui & ex testamento ciuis Romani capere possunt, quod quidā non possunt, de quibus suo loco. Sed nunc videamus secūdo loco de enumeratione eorum, qui testes esse nō possunt *ex §. sequenti.* Et sanè ii, qui hic referuntur, communiter propè esse non possunt, vt ideò aliquid hic dicendum sit de communibus rationibus testimoniorum, vt sic, quod dixi, aliquatenus reducatur hypothesis ad thesin. Et quidem, vt iterum breuis sim, testiū causa est, quod in re dubia, vbi non est tutum assertionem hominis sine probatione recipere, adhibeantur ad eiusmodi dubiæ rei probationem & confirmationem. *l. 1. D. de testib.* Atque ideo conuenit, eos saltem adhiberi & recipi, quorū fides non facillat, quiq; suspicione falsi haud facilè vrgentur. *d. l. 1.* At huiusmodi suspiciones & præsumptiones ex communibus naturæ humanæ vitiis facilè colliguntur & obseruantur, vt, quod quisq; sibi & suis suæque causæ benè velit & studeat, quæ etiam huiusmodi testimonio promouere possit. Cæteroquin facilè fiet, vt cessante ratione & causa, cesset effectus atq; constitutio. Ecce bene itaque receptum, ne cuiusquam testimonium in propria causa, aut causa ad se pertinente, recipiatur *l. nullus 10 D. de testib. c. personas. de testib.* vbi notatur, ne domesticū testimonium, id est, quod ad producentis familiam pertinet, recipiatur *l. pen. D. de testib. l. etiam iure 2. C. de testibus.* Sic non sunt idonei testes, quibus imperari potest, vt sint testes scil. rei nostræ. *l. idonei 6. D. de testib.* Constitutum etiā est, ne valeat testimonium vnius hominis. *l. vbi numerus 12. D. de test.* Et diuinæ leges dicunt, vt in ore duorum aut trium stet omne verbum. *Deut. 17. & 19.* Hominis infamis itidem testimonium facillat. Nam qui semel malus & im-

probus, facilè præsumitur deinceps etiam talis. *l. in testib. 2. cum l. 3. l quæsitum 13. D. de testib. c. testimonium. de testib.* Infamis autem est etiam manifestus vsurarius, sed & disertè arcetur is ab hoc testimonio, *c. quanquam de vsur. in 6. vid. & in l. improbum 20. C. de his qui not. infr.* Ex supradicta doctrina efficitur, quod etiam variantis & eius, qui inconstans est in sermonibus & testimonio, fides vacillet. Vide *in Nou 90. c. 4.* Testibus etiam non nisi iuratis credi solet in alterius præiudicium. *l. iurisiurandi 8. C. de testib. c. nuper extra de testib.* Et hæc de generali quadam doctrina, ad quam sequentia etiam accommodari poterunt. Illud etiam per se certum est, testes esse non posse, qui per sese ad eam rem idonei non sint, qui iudicio careant, quod audire eam rem, quod eloqui testimonium non possint. Et sic hic etiam scribit de impubere, furioso, surdo, muto. Seruus iuris ciuilis non est particeps & indignus, qui ciuiũ testamentis adhibeatur. Prodigus etiam testis esse nequit, quem mali mores repellunt. Subiicit etiam de improbo & intestabili, id est, quem leges improbum & intestabilem esse iubent, qui testamenti factionem prorsus non habet, nec ipse testamentum facere, nec ei testimonium dici, nec ipse testimonium dicere potest. *l. cum lege 26. D. eod.* Talis verò est, qui ob carmen famosum in alterius iniuriam scriptum damnatus erit, *l. is cui 18. §. 2 D. eod l. ob carmẽ 21. D. de testib.* Constitutiones hæreticos etiã & apostatas iubent improbos & intestabiles esse. Vide *in l. hi qui sanctam fidem 3. C. de apostatis. & C. Theodosiano tit. de his qui super religione contendunt.* Porrò in enumeratione specialiter hic facta mulier etiam est vel recẽsetur, quæ in testamento testis esse non potest. Quæritur, an alibi possit? Et docet Iurisconsultus posse. Quod & à contrario sensu colligit, vide *in l qui test. 20. §. 4. D. eod. l. ex eo 18. D. de testib.* Agellius tamẽ auctor est *lib 6 c. 7.* mulieres testes esse non potuisse Sed & Leo Imperator *Nouell. 48.* habet, ne mulieres ad dicendum testimonium admittantur, nisi tamen in iis rebus, quæ ad ipsas, id est, muliebrem sexum, peculiariter pertinent. Et id fortè hodiè quibusdam placuit, ein Weib kan nit zeugen. Et hæc hactenus de huius §. parte prima & secunda.

Porrò deinceps alii etiam numerantur, qui in testamento testes esse non possunt, vel communi ratione, de quibus iam dictum est, (vt cum testis esse non debet heres ipse, item, qui heredem attingunt ratione potestatis scil. patriæ, de quibus *in §. sed neque heres*) vel singulari magis, vt quod testes esse non possunt, qui pertinent ad patriam potestatem testatoris, id est, qui in testatoris sunt potestate, vel testatorem in potestate ipsi habent. Id n. facit singularis ille nexus & colligatio patriæ potestatis. Quid igitur de illis, qui testatorẽ alioquin ratione sanguinis seu Blutfreund cõtingunt vel attingunt, vt si frater sit: Dd. communi calculo id testamentũ reprobant, ob regulam, de domestico testimonio reprobando, cuius tamen causa & ratio videtur hic cessare; & monent etiam verba huius textus. Sed disertè videtur contrarium docere, & admittere hoc testimonium Iurisconsultus *in l. qui testamento 20. §. qui contrarium. D eod. tit.* & id pluribus defendit hic doctiss. Viglius; expressius etiam probat D. Wesembecius. Equidem & plures ex vna domo testes esse possunt. Neque enim suspicione falsi vrgentur testes, quod inter se coniuncti, sed quod ei, qui producit. De hoc *in §. pater. infra eod. & Dd. in l. pater 17. D. eod.* Possunt & in testimonio heredes esse, post heredem, cæteri donatarii & legatarii, cum quibus principaliter negotium non agitur, sed sunt rei particularis successores. Et licet per consequentiam aliquam videantur testimonium dicere in rem propriam, tamen, vt dixi, non nimium fuerat hoc testimonium, ad rem fauore plenissimo adhibitam, coarctandum. Et si fortè in vno quodam teste astrictiore quodam iure aliquid potest desiderari, res

facilè

facilè cōpensari potest, pluralitate testium, vide etiam *in l.1. C. eod.* quam citat Viglius. Et ex hoc etiam est decisio in casu *in §. sequen.* vbi D. Adrianus ait subuenire se ex sua liberalitate testamēto, in quo inter plures testes vnus seruus, qui tamen communiter habebatur pro libero, & credebatur esse liber, repertus fuit. Vide *in l.1. C. eod. tit.*

DE MILITARI TESTAMENTO.

TITVLVS XI.



Vprà dicta diligens obseruatio in ordinandis testamentis militibus, propter nimiam imperitiam eorum, constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamuis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem obseruauerint, rectè nihilominus testantur, videlicet cùm in expeditionibus occupati sunt, quod meritò nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas eius suprema inueniatur, siue scripta, siue sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius.

§. 2. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minimè ad vindicandum tale priuilegium adiuuantur. Sed testari quidem, etsi filiifamiliarum sint, propter militiam conceduntur: iure tamen communi eadem obseruatione, & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proximè exposuimus.

§. 3. Planè de testamentis militum diuus Traianus Catilio Seuero ita rescripsit. Id priuilegium, quod militantibus datum est, vt quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, vt vtique priùs constare debeat, testamentum factum esse, quod & sine scriptura, & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergò miles, de cuius bonis apud te quæritur, conuocatis ad hoc hominibus, vt voluntatem suam testaretur, ita loquutus est, vt declararet quem vellet sibi heredem esse, & cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas eius rata habenda est. Cæterùm si (vt plerunque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut, Bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento obseruari. Nec vllorum magis interest, quàm ipsorum, quibus id priuilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse

dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit, & per hoc vera iudicia subuerterentur.

§. 4. Quinimò & mutus & surdus miles testamentum facere potest.

§. 5. Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militāt, & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium ciuium Romanorum Iure id facere debent. Et quòd in castris fecerint testamentum, non communi Iure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantùm valebit. Quid ergò si intra annum quis decesserit, conditio autem [illegible]redi adscripta post annum extiterit? An quasi militis testamentum valea[illegible] Et placet valere quasi militis.

§. 6. Sed & si quis ante militiam non Iure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignauit illud, & quædam adiecit, siue detraxit, vel aliàs manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum, quasi ex noua militis voluntate. Denique & si in adrogationē datus fuerit miles, vel filiusfamiliâs emancipatus est, testamentum eius quasi ex noua militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

§. 7. Sciendum tamen est, quòd cùm ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quàm principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra id constitutio latius extendens, permiserit omnibus in huiuscemodi peculiis testari quidem, sed Iure communi. Cuius constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum ius pertinent, ignorare.

COMMENTARII.

ALiter faciunt testamentum milites, aliter pagani, sic dicti à pagis, id est, villis, vicis, &c. qui opponuntur militibus siue illis, qui militant, vide *in l. 50. D. locati.* & D. Viglium, item Iuuenal. *Saty. 16.* Hi testantur solemniter, vt supra: illi iure militari ex priuilegio, & olim quidē dicebantur testari in procinctu, i. e. procincti & expediti per nuncupationem tribus aut quatuor exaudientibus, in ipso militum ad expeditionem apparatu; vide prædictum Vigl. *ad tit. præcedentem.* item Plutarch. *in Coriolano.* Nunc aliud habent ii testamentum, quod dicitur testamētum militare & Cæsareum, Imperio atq; Constitutionibus non est antiquius, in quo vtuntur priuilegio, &, vt in initio breuiter dicam, in summa ita testamentum faciunt, vt sine omnibus iuris ciuilis solemnitatibus & obseruationibus quomodo velint, & quomodo poterint, de sua vltima voluntate testari possint, & ideo quomodocunq; testati sint sine vlla obseruatione regularum ciuilium, si modo de testamento constare possit, valet & subsistit testamentum.

Sed iam incidunt hic hæc potissimùm capita. I. Quæ sit causa dati illius beneficii

ficii? II. Et quis ſiue quinam eo vti poſſint, quod ex ſuperiori venit? Equidem quod ad cauſam, videtur ea eſſe præcipuè duplex. Prima fauor militiæ & functionis militaris, ſiue fauor, quo iudicarunt leges & præcipuè Principes dignos eſſe milites. Sanè qui in legitimo & iuſto bello ſeruiũt Eccleſiæ & Reipubl. de quo ſupra *lib.2.tit.1. ad §. item quæ ab hoſtib.* pluribus dixi, vide *D.eod. tit. vbi in l.1.* item Iuuenalem *Satyr.16.*

Secunda cauſa eſt militaris illa occupatio & neceſſitas, quę facit, vt eas leges & iuris obſeruantiam miles diſcere & obſeruare tunc non poſſit; vnde Hadrianus Princeps dixit: *Arma magis quàm leges ſcire miles debet,* vide *in l.vlt.C.de iur.delib. item in l regula 9.§.2. D. de iur. & fact.ignor.* & de Caio Mario apud Valer.Maxim. *lib.5.c.2.* Atq; hæ ſunt cauſæ finales, rationem legis noſtri vocant. Et tamen ſciendum eſt; principaliorem rationem huius priuilegii & teſtamenti militaris eſſe eam, quæ dicta eſt poſtremo loco. Ex priori tamen illa accidit etiam, vt & alia multa priuilegia & beneficia habeat miles, etiam circa hanc materiam teſtamentariam, de quib. paſſim audiemus; & vide Iuuen. *d. Satyr 16.* Sed nunc quoad formam ſiue modum huius teſtamenti, probatur hic omninò valere argumentum à cauſa ad effectum, vt, cum priuilegii & huius conſtitutionis cauſa ſit nimia militum imperitia, vt loquitur textus, nempè, quę naſcitur ex occupatione armorũ, vbi illa cauſa militat, ibi ſit vis conſtitutionis & diſpoſitionis; vbi verò ceſſat, ibi & illa ceſſet. Hottoman. *hic.* Et ita nunc etiam exponitur locus ille poſtremus, de quo plura etiam in textu. Ex hac ipſa cõſideratione diſputatur de lectis tyronibus, de iis, qui ſunt relati in numeros, de his, qui ſunt in expeditione, de his, qui verſantur in acie, de iis, qui in caſtris degunt, & ſi militant, de miſſis à militia, & de miſſione triplici, de veteranis militibus, &c. Quæ vt ſemel & breuiter cognoſci poſſint, iudicaui operæ pretium me facturum, ſi dicerem aliqua de diſciplina militari, quod faciam paucis ex Liuio, Polybio, Vegetio, Wolffgango Lazio, Carolo Sigonio, & aliis.

Res autem ſic habet: Ingruente bello euocabantur & ablegabantur, qui militarent; qui antequam in Catalogum relati eſſent, addicti, nonnunquam etiam tyrones dicebantur. Poſt, vbi ad diuerſa loca coactus eſſet exercitus equitum & peditum, ſic dictus ab exercitatione. *l.1.D. noſtro tit.* & iam illi conueniſſent, qui militari ætate eſſent prædîti, quos non oportebat ſeptemdecim annis eſſe minores, iamque etiam Tribuni & Præfecti, qui legionibus, prout diſtribuebantur, præeſſent, creati eſſent, tum inquam ſcribebantur milites; & hoc Vlpianus vocat in numeros referre. *l. ex eo. D. eodem.* nos dicimus inſcribere matriculis ſiue rotulis. Deinceps verò delectus adhuc habebatur in luſtratione, vbi & ordine ſinguli vocati recenſebantur, & arma atque corpora ipſa circumſpiciebantur, nos à monſtratione monſtram vel muſtram vocamus. Et ad militiam non admittebantur omnes promiſcuè; reiiciebantur etiam, qui minus eſſent idonei, qui Ducis aut Tribuni iuſſa audire, effari vel exequi non poſſent. Iam addebatur etiam decurſio quædam militaris pro exercitio aliquo & tyrocinio, maximè inter equites. Tum mox fiebat ea, quam vocabant allocutionem, quando iureiurando erant milites aſtringendi, **da man den Articulsbrieff liſt**, vt nos hodiè; & deinceps iurabant, nempè, ſe omnia ſtrenuè facturos, quæ præceperit Imperator ſiue Senatus, & militiam pro Republica non deſerturos. De quo iureiurando vide etiam Agellium *lib.3. cap.4.* Atque hoc iuſiurandum, quod dicunt ſacramentum militare, dicebant vel ſinguli, vel, prout neceſſitas requirebat, omnes ſimul, prout nunc magis vſitatum eſt. Et ſolent quidem eleuatis pollicibus (nunc magis duobus prioribus digitis) iurare, vel etiam ſtrictis & vibrantibus gladiis. Et eo itaque modo ablegabantur in militiam, &

veluti inaugurabātur, qui & cincti dicebantur. Et huc pertinet *l. filiusfamil. 43. D. eod. tit.* nimirum certo ritu & modo cingebantur & procingebantur: vnde & discincti, vt Suetonius *in vita Augusti, cap. 24.* dicebantur. Cumque ea ita facta essent, verè miles erat, sic dictus à mollitie, per antiphrasin, vel à malo, quod arcent; aut à multitudine, vel denique à numero mille hominum. *l. 1. D. eod. tit.* qui obligatus esset tribuno suo, & deinde etiam Imperatori exercitus atque Senatui Romano, vel augusto Principi. Continebantur etiam iidem milites sub iisdem militiæ præfectibus, & singularibus Magistratibus seueriori disciplina; & coercebantur ac puniebantur eorum delicta vel communia vel propria, ratione militiæ propriis etiam & singularibus pœnis; vt & certis honoribus afficiebantur benemeriti. Et præter alia, qui ætatem militarem impleuerant, quæ definitur ab anno decimo septimo in annum quadragesimum sextum, Emeriti dicebantur; & hi itidem, qui viginti annos in militia fuerunt, laudem iustæ militiæ habebant, & Veterani isti dicuntur, qui & honestè dimittuntur.

Porrò quo ad missionem, ea triplex fuit, non tantum illa honesta, quæ ad Veteranos pertinet, de qua iam dixi, sed & causaria est missio & ignominiosa. Quarum hæc est veluti exauthoratio militis ob delictum, cum ignominiæ causa ab exercitu remouetur & statim discedere iubetur. Huius rei exemplum proponit alibi D. Cuiacius. Illa verò causaria missio est, cum quis ob causam, scilicet vitium, quod inutilis sit factus, dimittitur, qui & commeatum à Duce suo accipit, das man nennet beurlaubt / mit einer Außkeuth / vide *in l quod ait Prætor 2. D. de his, qui not. infam. & in l sed & milites 8. D. de excusat. milit. cum similib.* Iam verò amplius adhuc in ipsa etiam militia siue bello tempora distinguuntur. Aliàs viuitur in maiori securitate, cum fortè sunt breuioris temporis induciæ, quæ dirimunt tantùm congressus, non bellum, eoque tempore milites ferè in sedibus, hoc est, in statiuis & hyberniis agebant, & fortè variè exercebantur: Alias verò sunt in expeditione, cum iam ad expediendam Rempubl. itur. Et alias denique versantur in ipsa acie, hoc est, prælio & pugna, cum armis fit congressus. Huc pertinet *l. bello amisso 18. D. de excusat. tut. cum similib.*

Ex his igitur tandem & iuxta hæc poterit responderi ad quæstionem secundam, ad quos omninò pertineat hoc priuilegium? nempè non nisi ad eos, qui versantur iam in militia, & non nisi in expeditionis necessitate, de quo latè in textu. Et huc sanè respicit etiam Accursius & Doctores agentes de modo legendi militis, de quo notant *in l. penultim. D. ex quibus causis maior.* & vide doctissimum Viglium *hic.* Sanè rectè notant hic Interpretes, ad otiosos istos homines & circumforaneos, qui regiones peragrant, & pagatim grassantur, appellantes se tamen milites, hoc priuilegium nequaquam pertinere; vide eundem Viglium: nunc ad textum.

℣. Constitutionibus Principalibus, &c.] Vide *in l 1. D. eod.* quæ hunc locum explicabit. Sanè apparet, olim fuisse hoc beneficium generalius, & posterioribus constitutionibus Iustiniani coarctatum saltem ad expeditionem siue tempus expeditionis; de quo vide Theophilum *in l. vltim. Cod. eodem tit. l. vltim Cod. de restitut. milit. l. vltim. Cod. quibus non obiicitur longi temp. præscript.* quæ omnes sunt eiusdem inscriptionis.

℣. Sed testari quidem, &c.] Hoc ad aliud beneficium pertinet. Sed de hoc suo loco. Nunc persequimur ea, quæ pertinent ad hoc testamentum militare.

* * *

§. 3. Planè

§. 3. Planè de testamentis, &c.

Hoc in loco plenius examinant ipsam formam militaris testamenti; plerumque ex hoc §. siue argumēto huius §. colligunt & volūt, hoc testamentum, q vt paganum siue paganicum, & in scriptis & sine scriptura sola nuncupatione fieri potest, coram duobus ad minimum testibus ad hoc rogatis siue conuocatis faciendum esse; vide Christoph. Porcium, ex quo citatur etiam illud: *In ore duorum aut trium, &c.* Item Hottomannum *hic.* Accurs. tamen Faber & Angel. distinguunt inter testamentum factum extra aciem, & in acie. Baro distinguit inter testamentum scriptum & non scriptum, quasi in scripto non sit necessum conuocari testes. Theophilus scribit *in §. 1.* etiam coram vno teste posse fieri testamentum & subsistere. Viglius rectè disputat, non oportere præcisè rogatos etiam esse hos testes. Sunt qui distinguunt inter rogatos & conuocatos. (vt D. Wesembec.) Quicquid sit, constat, militem testari siue testamentum facere, prout vult, prout potest, & id subsistere & valere, saltem si constet aut constare possit hoc eius esse testamentum, quomodocunque demum de eo constare possit, per scripturam & manum propriam, per hominum testimonia, &c. Et huc pertinet *l. 1. & l. Lucius 40. D. eod.* Atqui in ipsa acie etiam in vagina vel clypeo, & sanguine quoque suo suam hanc voluntatem contestari & edere, vel etiam in puluere annotare solent & possunt milites. *l. milites 15. C. eod.* Quod autem ad hunc locum desumptum *ex l. diuus Traianus 24. D. eod.* dicemus, respici hic ad casum, qui inciderat, vt illa dicantur relatiuè, & vt ab exemplo & à specie valere non possit firma collectio. Cætera in textu.

§. 4. Quinimo mutus, &c.

An mutus & surdus testamentum facere possint, & quomodo testamentum faciant, audiemus titulo sequenti. Hic priuilegio militari annumerat, quod mutus & surdus ante causariam missionem rectè fecerit testamentum Iure militari, quod est *in l. Iure militari 4. D. eod.*

℣. Et q in castris.] Præter examen, de quo dixi, qui, vbi & quando testentur militariter, annectit deinceps & alia priuilegia testationis militaris. Et in summa adscribuntur hæc. I. Testamentum Iure militari factum in militia hoc amplius valet etiam finito bello post dimissionem ad annum; de quo *in l. quod constitutum 21. l quod dicitur 38. D. eod.* II. Si quis domi ante testatus sit, sed fortè minus legitimè & solemniter, & deinceps in militiam veniens ibi mortuus sit in expeditione, potest id testamentum subsistere & defendi Iure militari, saltem si nouæ etiam voluntatis & cōfirmationis aliqua extabunt indicia, vt constet ipsum hac voluntate mori velle; de quo vide *in l. in fraudem 15 §. testamentum, & in l. Tribunus 30. §. 2. D. eodem.* III. Licet testamenta plerunque fiant irrita, per sine propter capitis deminutionem testatoris etiam minimam, vt postea suo loco videbimus: fallit tamen id ferè in testamento militis, de quo *in l. miles 22. cum sequenti. D. eod.* IV. & vltimò docet iterum, filiumfamil. ob militiæ Iura, etsi in militia & in militiæ necessitate non sit, tamen testari posse de bonis & peculio castrensi, licet de Iure communi non possit. Addit autem pertinere id quoque nunc ad bona & peculia quasi castrensia; de quo *in l fin. C. de inoffic. testamento.*

QVIBVS

QVIBVS NON EST PERMISSVM facere Testamentum.

TITVLVS XII.



ON tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent: adeò quidem, vt quamuis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint, exceptis iis, quos antea enumerauimus, & præcipuè militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem ius ab initio tantùm militantibus datum est, tàm ex auctoritate diui Augusti, quàm Neruę, necnon optimi Imperatoris Traiani; postea verò subscriptione diui Adriani, etiam dimissis à militia, id est, veteranis concessum est.

§. 2. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerunt. Si verò intestati decesserint, nullis liberis, vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum Iure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse; sed scilicet proprium eius esse, qui id in castris acquisierit: quanquam Iure Ciuili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac seruorum peculia in bonis dominorum numerantur, exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipuè nostris, propter diuersas causas non acquiruntur.

§. 3. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

§. 4. Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est. Item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit.

§. 5. Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, Iure testati esse videntur: certè eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neq; testamentum rectè factum, neq; vllum aliud negotium rectè gestum, postea furor interueniens perimit.

§. 6. Item

§ 6. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod antè fecerit, quàm interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.

§. 7. Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Vtique autem de eo surdo loquimur, qui omninò non exaudit, non qui tardè exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tardè loquitur. Sæpe enim etiam literati & eruditi homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Vnde nostra constitutio etiam his subuenit, vt certis casibus & modis secūdum normam eius possint testari, aliaq; facere, quę eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum aduersa valetudine, aut quolibet alio casu mutus, aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet eius testamentum.

§. 8. Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per obseruationem, quam lex diui Iustini patris nostri introduxit. Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamuis redierit; sed quod, dum in ciuitate fuerat, fecit, siue redierit, valet iure postliminii, siue illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

COMMENTARII.

POst testamentorum definitionem & diuisionem alia ꝓponit in ea materia testamentaria capita: & quidem ICtus *in l. si quæramus 4. D. de testamentis & qui testamen. fac. possint*, sic scribit: *Si quæramus, an valeat testamentum, imprimis videndum est, an is, qui fecerit testamentum, testamēti factionem habuerit? Deinde si habuerit, requiremus an secundum regulas Iuris testatus sit?* Proponit nunc itaque Imperator de iis, qui testamentum facere nō possint. Ex quo è contrario discemus, qui facere possint. Nam possunt ii omnes, qui non prohibentur. Et quidem testamenti factionem liberam esse decet, iuxta locum *in l. 1. C. de sacrosanct. Ecclesiis*. Sed tamen ob causas etiam quibusdam eam adimi non abs re est, vel quod natura ipsa videatur obstare ob corporis vel animi vitium, vel mali alioquin, flagitiosi & prodigi mores, aut delictum aliquod, casusque aliquis aduersus, ex quo amittitur libertas & ciuitas; vel etiam quod lex & constitutio ciuilis certa quadam ratione obsistat & prohibeat. Et plurimi quidem ex iis, qui supra à testimonio arcentur, ipsi quoque testamentum facere nequeunt. Quibus equidem omnib. relinquenda sunt bona ab intestato, nisi tamen etiam tales sint, qui nec heredes habere possint, *vt in l. 2. C. de bon. dam.* cum & bona ad fiscum deuoluantur, iuxta id quod solet dici. *Quod aufertur indignis, capit fiscus. l. 8. Cod. de inoffic. testam.*

Ergo sanè testamentum facere non possunt impubes, furiosus, prodigus, cui bonis interdictum, mutus, surdus, qui suam voluntatem significare non potest; is, quem leges improbum & intestabilem dicūt, vt est Apostata, Anabaptista, siue alius hæreticus, de quo supr. dixi. Sed nec deportatus, & in peregrinitatem redactus testamentū facere potest, nec bannitus, siue proscriptus ab Imperio; nec is itidē, qui ab hoste captus est, cui & obsides adiungūtur; nec qui quolibet modo seruus est. Reus quoq; criminis læsæ Maiest.

testari non potest. Olim etiam quicunq; ad vltimum supplicium damnati, quasi serui pœnæ efficiebantur, testari non poterant; vide *in l. qua ætate 5. l. qui in potestate 6. §. fin l. eius qui 8. §. 1. & 2. l. obsides 11. l. qui à latronibus 13. §. final. l. filiusfamil. 16. l. is cui 18. §. 1. & 2. D. de testamentis. item in l. qui vltimo 29. D. de pœnis. l. quisquis 5. C. ad leg. Iul Maiest. item in l. ex iudiciorum 20. D. de acquisit.* vide etiam in vulgarib. ordinationibus siue Constitutionib. Imperii & in Iure Saxonico *lib 1.* Landtrecht/ *art. 38. & art. vlt.* Equidem quod damnati serui fiant, & ob id testamenti factionem amittant, & bona eorum publicentur, id Iure nouo & humaniori mutatum est, &c. vide *in Nou. 22. c. 2. quod autem de nuptiis item Nou 124. cap fin.* Hodiè etiam captiuitas siue captiuitatis iura ad seruitutem vsq; se non extendunt, vt ideo aliud respondendum videatur de captiuis; vide D. Viglium. Sanè & apud veteres habebant captiui ius postliminii & beneficium legis Corneliæ, ex quibus testamenta eorum conualescebant, de quo admonet Imperator *in fine, hic.* Amplius filiusfam. itidem, qui in potestate parentis est, testamentum facere non potest, quod nihil propriè habeat suum, de quo testetur, & quæ in peculio habet, patris in bonis sint. *d. l. qui in potestate 6. §. 1. D. de testament cum simil.* Excipiuntur tamen bona castrensia, quib postea addita sunt etiã quasi castrensia, in quibus liberam habet testandi facultatem. De quo pluribus ꝓponit in text. Sed & alibi de his dictũ est, & locum omnem de peculio suo loco exposui. Hic addendum, Monachos itidem, qui, ad acquirendũ quod attinet, seruis æquiparantur, testamentum non facere; de quo vide *in Auth. ingressi, cum Auth. sequenti, & quæ ibi tractantur. C. de Sacrosanct. Ecclesiis.*

Porrò iure Pontificio proditum est, manifestum quoq; vsuratium, nisi ante cautionẽ præstiterit de restituendis iniquè extortis, testamentum facere non posse. *cap. quanquam. de vsur. in 6.*

Hoc quæritur, an excommunicatus testamentum facere possit? Atque de eo variè disputant; vide quæ notantur *in cap. decernĩmus, de sententia excommunicationis, in 6.* Sanè dicam, mihi hoc totũ non satis liquere. Panormitanus tamen dixit, testari eum non prohiberi, *in rubric. de testamentis.*

Nunc ad textum, in quo ante dicta pluribus non repetam, & sunt etiam quædam reiicienda in alium locum, sed de his monebo.

℣. Quanquam Iure Ciuili.] Videte in hunc locum, qui difficilis est, Equinarium Baronem, qui præ aliis illum rectè explicasse videtur. Et hic plurimùm errauit Theophilus, quod indicat idem Baro *hic.*

§. 5. Furiosus autem, &c.

Furiosus statim cùm incipit furere, est in potestate curatoris. (Iulius Paulus *in lib. 3. tit. 4.*) Prodigus autem non, nisi quando ei solemniter bonorum administratio interdicitur.

§. 7. Item surdus & mutus, &c.

Quod ad hæc corporis vitia attinet, sciendũ imprimis, quod & Iustinianus admonuit, accidere ea miseris mortalib. variè, vel natura ipsa ab origine natiuitatis, vel casu quodam aduerso, veluti ex morbo. Et rursus vel coniuncta esse vitia, vt cum quis nec audire nec loqui potest, quod omninò etiã accidat necessum est iis, qui natura sunt surdi, siue surdi nati sunt, vt Plinius *lib. 10 cap. 69.* Quanquam mirabile quid refert Iustinian. *in l. discretis. C. qui testam. facere possunt.* de Iureconsulto Celso, nempè, nullum esse qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum illius loquatur. Deesse autem his etiam literarum cognitionem & facultatem scribendi, quæ est vice vocum lingua figuratarum. *L. non figura 38. D. de oblig.* necesse est, cum desint

sint illi sensus doctrinæ siue disciplinæ. Vel sanè sunt seiuncta & separata vitia, vt loqui non possit, sed tamen audiat, aut non audiat, sed loquatur. Et est rursus, qui non propriè surdus est, vel mutus, sed surdaster, qui malè & tardè audit, atypus, & qui tardè loquitur; vide *in l. idem Ouilius 10. D. de ædil. edicto.* Sed hæc posteriora vitia non obstant testamenti factioni, vt Iustinianus hic. Ad istos alios verò quod attinet, constat eos olim testamentum facere non potuisse, cum testes accire, eorumque testimonium audire non possent. Vlpianus *in Instit. tit. 20.* & D. Cuiacius *ad Iulium Paulum in sententiis lib. 3. tit. 4.* nisi tamen à Principe testamenti factionem impetrassent; de quo *in l. si mutus 7. D de testamentis.* quod mihi rectè videtur explicare Viglius. Sed hodiè cum his remissius actum est, & constitutum in summa, vt si de sua saltem voluntate testificare ingenuè possint, vel nuncupando coram testibus, vel scribendo, vt subscribant testes, liceat iis ita facere testamentum, quod Iustinianus concessit *in l. discretis 10 C. eod. tit.* Ex quo nunc per te saltem admonitus facilè intelliges, qui muti & surdi testamentum facere possint?

§. 8. Cæcus autem, &c.

Cæco testamenti factio nunquam fuit adempta. Iulius Paul. *in sententiis lib. 3. tit. 4.* Verum propter omnem fraudem auertendam voluit Iustinianus Imperator, ad cæci testamentum hoc amplius adhiberi Notarium, qui nuncupationem in præsentia testium scribat, & vt testes postea cum Notario subscribant & subsignent, aut vt prius cæcus voluntatem alicui dictet, tumque eam à tabulario palàm recitatam testes cum Notario subscribant, & subsignent. Quod si Notarii facultas non sit, vt tunc eius loco succedat octauus testis; de hoc *in l. consultissima 8. C. eod.*

DE EXHEREDATIONE LIBERORVM.

TITVLVS XIII.



NON tamen, vt omninò valeat testamentum, sufficit hæc obseruatio, quam suprà exposuimus, sed qui filium in potestate habet, curare debet, vt eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioqui si cum silentio præterierit, inutiliter testabitur; adeò quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia, scilicet, ab initio non constituerit testamentum.

§. 2. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem sexum descendentib. liberis vtriusque sexus antiquitati fuerat obseruatum; sed si non fuerint scripti heredes, scriptæve, vel exheredati, exheredatæve, testamentum quidem

non infirmabatur, ius tamen adcrescendi eis ad certam portionem præstabatur: sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hæc facere.

§.3. Nominatim autem quis exheredari videtur, siue ita exheredetur, Titius filius meus exheres esto; siue ita, Filius meus exheres esto, non adiecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.

§.4. Posthumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quòd & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, siue fœminini sexus, siue masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea adgnatione posthumi siue posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus, aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus personæ, vel nominatim vel inter cæteros exheredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exheredarētur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per obliuionem.

§.5. Masculos verò posthumos, id est, filios, & deinceps, placuit non aliter rectè exheredari, nisi nominatim exheredarentur, hoc scilicet modo; Quicunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto.

§.6. Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui heredis locū succedendo, quasi adgnascendo fiunt parentib. sui heredes. Vt ecce, si quis filium, & ex eo nepotem, neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus iura sui heredis habet, quamuis nepos quoq;, & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius eius viuo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate eius, incipit nepos, neptisve in eius locū succedere. Et eo modo iura suorum heredum quasi adgnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur eius testamentum, sicut ipsum filium, vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non Iure faciat testamentum; ita & nepotem, neptemve ex filio necesse est ei, vel heredem instituere, vel exheredare, ne fortè eo viuo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos, neptisve, quasi adgnatione rumpat testamentum. Idq; lege Iulia Velleia prouisum est, in qua similis exheredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

§.7. Emancipatos liberos Iure Ciuili, neq; heredes instituere, neq; exheredare necesse est; quia non sunt sui heredes. Sed Prætor omnes, tàm fœminini sexus, quàm masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet: virilis sexus nominatim; fœminini verò inter cæteros. Quia si neque heredes instituti fuerunt, neq; ita (vt diximus) exheredati, permittit eis Prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

§. 8. Adopti-

§. 8. Adoptiui liberi quamdiu sunt in potestate patris adoptiui, eiusdem iuris habentur, cuius sunt iustis nuptiis quæsiti. Itaque heredes instituendi, vel exheredandi sunt, secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero à patre adoptiuo, neque Iure ciuili, neque eo Iure, quod ad edictum Prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, vt ex diuerso (quod ad naturalem parentem attinet) quamdiu quidem sunt in adoptiua familia, extraneorum numero habeantur, vt eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit; cùm verò emancipati fuerint ab adoptiuo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuissent.

§. 9. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra verò constitutio inter masculos & fœminas, in hoc Iure nihil interesse existimans, quia vtraq; persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & Prætores postea sequuti esse videntur, ideò simplex ac simile Ius, & in filiis, & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm iam natis, sed etiam posthumis, introduxit, vt omnes siue sui, siue emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, & eundem habeant effectum circa testamenta parētum suorum infirmanda, & hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, siue iam nati sint, siue adhuc in vtero constituti, postea nati sint.

§. 10. Circa adoptiuos autem filios certam induximus diuisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptiuis tulimus, continetur.

§. 11. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos iam natos, vel posthumos, nominatim non exheredauerit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

§. 12. Mater, vel auus maternus, necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare, sed possunt eos silentio omittere: nam silentium matris, aut aui materni, & cæterorum per matrem ascendentium, tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium, filiamve, neque auo materno nepotem, neptemve ex filia, si eum, eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, siue de Iure ciuili quæramus, siue de edicto Prætoris, quo Prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit, sed aliud eis adminiculum seruatur, quod paulò pòst vobis manifestum fiet.

COMMENTARII.

QVo ad argumentum summum huius tituli & materię, sic de eo ICtus *in l. inter cætera 30. D. de lib. & posth. hered instituendis vel exheredādis, vel præteritis*, scribit: *Inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, ne præteritis illis rumpatur testamentū.* Ecce vult lex, vt testator imprimis liberos suos, si quos habet, heredes instituat, veluti: *Lucius Titius filius meus sit mihi heres.* Fieri verò etiam potest ea institutio variè, ꝙ audies *ad tit. sequen. ad tit. etiam 18.* vbi de liberorum legitima, quā sufficit iis relinquere. Atq; liberis hereditatem parentum deberi natura vult & dictat, quare & sui heredes sunt & dicuntur, de quo testatur *l. in suis 11. D. eod. l. si 6. D. de bonis dānatorum. l. scripto 6 D. vnde liberi. l. nam et si 15 D. de inoffic testam. Nou. 115. c. 3 & c 5* & pulchrè Augustinus, ꝙ extat *in c. quicunq; 17. quæst. vlt.* & sic argumētatur Paulus Apostolus *ad Galat. 4 & alibi.* Aut verò vult lex, vt iidem certò & expressè exheredentur, vt: *Lucius Titius filius quidē meus, sed indignus & ingratus exheres esto.* Quod si hoc non fiat, sed liberi omittantur, siue silentio prætereātur, ait, (vt magis nunc dicam generaliter) id testamentum non subsistere, sed corruere. Porrò verò exheredatio illa variè fiebat, & variis formulis, modis ac legib. pro varietate liberorum. De quo est in hoc tit. perquàm subtili & solemni, quæ tamē varietas hodiè magna siue multa ex parte sublata & mutata est, & iure nouo maior in hac re simplicitas siue æquitas recepta. Puto igitur rectè me facturū, si pro Commentario de materia tituli dicā & repetam ius nostrum, h. e. ius nouum omne de exheredatione liberorum. Ad quā summam, quicquid postea in textu non conueniet, id scias mutatū & sublatum, & quicquid nō est mutatū, id adhuc valere, obtinere & subsistere. Itaq; ea res omnis sic habet (dicā autem, ꝙ est in ipsa veritate textuum, & vt me eruditi & magni interpretes & ratio ipsa instruit; scio alioquin hāc rem plenam esse, vt sic dicam, sentibus, sed & magnam esse in interpretando varietatem, vbi etiam in eo peccatur, ꝙ multi nimium hic emendant, cum tamen dici soleat: *hoc magis addendum esse, vt quàm minimum recedatur à iure veteri*, vide si placet Viglium:) Is igitur qui rectè & firmiter testari vult, liberorum imprimis habebit rationem, vt eos, quicunq; & qualescunque sint, hoc est, masculi vel fœminę, filii vel nepotes, & deinceps nati, & iam viuentes, vel nōdum nati, qui sunt ii, quos dicunt posthumos, eos, dico, qualescunq; habeat, heredes instituat, vel nominatim exheredet, addita etiam certa & legibus recepta eius exheredationis & ingratitudinis causa. Porrò, ꝙ diximus de nepotib. & cæteris deinceps instituendis vel exheredandis, intellige obseruata tamen ratione siue prærogatiua gradus. Nam ita demū hoc ad eos pertinet, si non alius eos gradu præcedat, qui ob id ab hereditate istos excludat. Et valet hic regula, vt aspiciamus, quis prior sit gradu. Obseruandum etiam, generaliter verum esse, ad eos non pertinere necessitatem exheredationis, quos instituere non oportet. Quod si hoc ad eum modum eamque rationem & formam non sit factum, ea est iuris obseruatio, vt, si quidem filii filięue, qui pręteriti sint, & in potestate sint, testamentū tamen ob hoc sit nullum, i. e. nullius momenti: sin emancipati emancipatæue sint, euerti id possit per bonorum possessionem contra tabulas, siue petita bonorū possessione cōtra tabulas. Quod si posthumus pręteritus est, eius deniq; agnatione rūpitur testamentū. Quod si de materno testamento ista proponantur, saltē recurrēdum est ad extremū illud subsidiū querelæ inofficiosi testamenti. Et in summa, nisi parēs, quē non nominatim instituit, ritè exheredauit, vt causa etiam certa & legibus probata adscripta sit, eaque vera sit, & negante altero ab herede probari possit, non subsistet nec sustinebitur testamentum. Quod tamen nisi euerti possit illis remediis ordinariis, vt dicatur

nullum,

nullum, vel per bonorum possessionem petitam euertatur, vel deniq; rumpatur, quod saltem fit, nisi sit testamentum factum eo modo, quem hic Iustinianus præscribit, tum semper recurretur ad illud ipsum extraordinariũ querelæ beneficii. Atque huic querelæ hoc quoq; dedit siue tribuit Iustinianus, quod ea non totum id testamentum euertat, sed saltem, quo ad institutionem, euacuet, vt cætera firma & rata maneant. Ergò ita demum subsistet testamentum parentis, in quo liberi erunt exheredati, si exheredati erũt nominatum, adscripta causa ingratitudinis certa & legibus probata, quæ vera sit, & ab herede probari possit: Sin minus, euertetur suo quoquo modo testamentum, vt heres institutus excludatur, & exheredatus siue præteritus admittatur.

Habes itaque nunc iterum hic bonarum legum aduersus turpissimum vitium, adeoque crimen etiam ingratitudinis, seuerum & iustum iudicium, nempè, hereditas parentum liberis debetur natura, & tamen ob ingratitudinem licet eam adimere.

Quod verò attinet ad eam ipsam liberorum ingratitudinem, incertæ erant olim tales causæ, & positæ in arbitrio parentum, sed & Iudicium, de quo licet videre *in l. fi. D. de bon damnatorum.* Iustiniano placuit, non nisi grauissimas ob causas & ingratitudines filios exheredari, & voluit causas esse certas, & numerantur ab omnibus 14. quæ recensentur hoc ordine:

1. *Si quis parentibus suis manus intulerit.*

2. *Si atrocem & indecentẽ contumeliam ingesserit.*

3. *Si de criminibus publico ipsos iudicio postulauerit quæ tamen contra Principem vel Rempub non sint.*

4. *Si cum veneficis vel veneficiis cõuersetur.*

5. *Si vitæ parentum suorum vel veneficio, vel alio modo insidiari conatus fuerit.*

6. *Si cum nouerca sua aut patris concubina filius rem habuerit.*

7. *Si delator filius contra parẽtes extiterit, & delatione sua eos sustinere grauia dispendia fecerit.*

8. *Si quem suorum parentum carcere inclusum esse contigerit, & liberi de hoc admoniti & precibus petiti noluerint in fidem suam recipere, & pro eo fideiubere, cum id quidem possint.*

9. *Si de eo liberorum aliquis cõuincatur, quod parentes suos testamenta facere prohibuerit.*

10 *Si præter voluntatem parentum inter arenarios, venatores aut mimos seipsum filius recenseat, & in ea professione perseueret.*

11. *Si alicui ex prædictis parentibus filiæ neptiue suæ maritum dare & secundum vires patrimonii sui pro eo dotem præstare volenti, illa non consenserit, sed turpem vitam delegerit* Atq; hic additur exceptio; *si filia 25. annor. ætatem attigerit, & parentes differant eam marito coniungere, & ex hoc contingat, vt in corpus suum fortè peccet, aut citra parentũ consensum cuipiam, qui liberæ conditionis sit, in matrimonium se iungat. Neq; enim hoc ad ingratitudinem imputabitur, cum parentum culpa sit.*

12. *Si quis è parentibus furiosus fuerit, & liberi ministerium illi & conuenientem solicitudinem non exhibuerint si quidem ex hoc morbo liberati erunt, poterunt ingratum exheredare.*

13. *Si vnum aliquem de parentibus in captiuitate detineri contigerit, & liberi non festinauerint eum redimere.*

14. Et vltim. quæ est omnium grauissima causa, continens ingratitudinem in Deum etiam. Et sanè, vt extat apud Xenoph *Homines non assuefacti ad gratitudinem erga benemeritos, parẽtes præceptores, postea fiunt etiã ingrati aduersus Deum.* Sed causæ 14. addunt & hanc: quæ talis est: *Si, cum parens sit orthodoxus, inueniat filium vel filiam non esse catholicæ fidei, nec in sacrosancta Eccl. sia communicare, in qua omnes beatissimi Patriarchæ vna conspiratione & concordia fidem rectissimam prædicant, & sancta quatuor concilia, Nicænum, Constantinopolitanum, Ephesinum primum, & Chalcedonense amplecti seu recitare noscitur, sed & cuiquam insidelitati siue hæresi* (de quibus in anterioribus legibus)

legibus) *sese adiungere, in iisq́ praefractè permanere, &c.* Vbi expreßè additur de iis, qui Iudaicae & Nestorianae vesaniç dediti, vel Acephalorum amplexi erant dementiã. In quas equidem impietates, vt & alias multas similes, metuendum est (proh malum, & proh peccata nostra) ne dum de vera verae carnis Christi praesentia in Cœna, quam vera Ecclesia semper confessa est, & nos cum ea ingenuè confitemur, extra oleas, vt dicitur, & incautè admodum nonnulli disputant, vel potiùs rixantur, tandem multi inopinati etiam & incauti coniiciantur & detrudantur, cum praesertim iam etiam maxima pars eorum, qui inter Ecclesiae ciues numerari volunt, officia verae charitatis ex legẽ diuina penitus obliuiscuntur, vt charitas apud eos prorsus refrigescat; *quam qui non habet, is*, teste Paulo, *nihil est, nihil scit, nihil discit*; &, vt inquit D. Petrus, *caecus est, nihil cernens*; & idem Paulus docet & ostendit, *tales adhuc sine Christo & sine Deo esse*. & Ioannes in Epistolis tradit, *mentiri eos, qui se Christum & Deum scire, cognoscere & audire dicunt*. Sed ex hac digreßiuncula, quam mihi equidem in loco appositißimo iusta indignatio, vt & Satyricus inquit, extorsit, redeo ad propositã tractationem, in qua hucvsque bona fide retuli ius nouum, quo vtimur. De quo, vt nunc in summa dicam, videbis *in Nou. 115. c. 3.* Sed & de legitima liberorum *in Nouell. 18. cap. 1.* de qua tamen dicturus sum *infra ad tit. 18.*

At verò existunt adhuc ex iis, quae dicta sunt, nobiles quaedam controuersiae. Ecce hoc quaesitum est multoties, an poßit exheredari filiusfam. qui matrimonium contrahit sine consensu parentum? De filiafam. supra audiuistis satis manifestum legis & textus argumentum. In filio an idem recipi debeat, id maximè quaeritur? Videbis autem de ea re alios aliud sentientes, & videre licet praecipuè de eo Franciscum Duarenum & Dominum Cuiacium. Sanè propter opinionum dißimilitudinem in loco controuerso apud quosdam statutis receptum est, vt liceat exheredare ob hoc, quod maximè debet obtinere, si duxerit ignominiosam & indignam. Quando verò etiam dicatur verè contrahi matrimonium sine parentum consensu alio loco audiuimus. Verùm illud nunc dicendum, hoc principaliter quaeri, an valeat hic interpretatio extensiua, vt vocant, id est, ratiocinatio; hoc est, an praeter has causas 14. & aliae nonnullae eiusdem, hoc est, aequè graues recipi & admitti poßint? Quod si concedimus, facilè erit respondere ad id, quod iam quaesitum erat de eo, qui matrimonium contrahit insciis parentibus. Atqui de hoc quoque magna est respondentium varietas. Scribit D. Melchior Kling, clarißimum D. Hieronymum Schurffium in publica disputatione id obtinuisse, nempè, vt valeant aliae causae similes; notat etiam argumenta quaedam ipsius, veluti à feudo ad hereditatem. Acriter verò contra disputat doctiss. Viglius *hic*. Et cur quaeso Iustinianus certas voluit esse causas? Et addidit expreßè, ne vllae aliae admittantur; quae est clausula derogatoria. Ideoque sanè non admodum firmum videtur argumentum, quod ducitur à feudo.

Scribunt verò alii etiam, communem esse eam opinionem, quae tradit, alias quoq; causas admitti posse. Sanè, si liceat paululùm seposita auctoritate textus dicere, non videbitur illud à re & veritate siue aequitate alienum. Sed hanc tamen non est cuiusuis videre, sit igitur prudens & circumspectus Iudex.

Porrò sunt etiam, qui vnam causam è numero 14. quodammodo eximunt è foro Saxonico. Nam dicunt & scribunt, filiam ob turpem vitam exheredari non posse *ex art. 5 lib. 1.* Landtrecht. ibi: *Mulier per luxuriam sui corporis potest famam suam denigrare: Iura tamen sua propterea non perdet, neque hereditatem.* Sed tamen de eo nõ satis liquet, & glossa aliter accipit. De quo vide ibi ad marginem.

Huc

Hucusque de institutione & exheredatione liberorum. Nunc illud etiam addendum, de liberis hic agi, quos parentes debent instituere heredes, vel exheredare, & plerumq; ita fit, vt parentes relinquant post se liberos. Quapropter naturaliter filiis parentum, non verò parentibus liberorum debetur hereditas. Sed accidit tamen etiam turbato ordine mortalitatis, vt loquitur Iustinianus, vt nō minus parentibus quàm liberis piè relinqui debeat. *l.nam etsi 15. D. de inoffic. test.* Ergò quando liberi, qui parentes superstites habent, testamentum faciunt, ipsi quoque parentes suos heredes instituere debent, nec est ita ipsorum exheredare parentes, vt possunt ipsi à parentibus exheredari, vide Aristot. *lib. Ethic. 8. cap. 14.* Attamen Iustinianus hic quoque certas exheredationis causas prodidit, nimirum, ob quas possint liberi parentes suos in testamento suo exheredare; & referuntur causæ octo, & sunt ferè per omnia similes siue pares iis, de quib. supra inuerso ordine peccati, nempè cum tale quid dicatur admissum à parentibus in liberos, & sunt ordine eæ, quæ fuerunt in superiori commemoratione, 3 5. 6. 9. 12. 13. 14. quibus addatur alia, quæ erit 8. nempè si pater vitæ vxoris fuerit insidiatus, vel mater vitæ patris.

Quod ad alias deinceps attinet, frustra sumitur exheredatio, cùm nullos ampliùs heredes instituere oporteat, etiamsi sint fratres, &, vt inquit Iurisconsultus: *frustra ii conqueruntur & inanibus sumptibus se diuexant, cum obtinere spem non habeant l. 1. D. de inoffic. test.* Si tamē quis prætéritis fratribus, sororibus & consanguineis, turpes siue famosas personas instituit, non subsistit id testamentum, & frustra hoc facit, nisi fratrem vel sororem exheredare potuit & exheredauit. Quæ in re receptæ sunt causæ tres. I. Si frater per insidias fratri suo mortem inrentarit. II. Si criminalem illi accusationem impegerit. III. Si cum vniuersa substantia expere studuerit, Vide *in l. fraternitatis 31. & l. fratres 37. C. de inoffic. test. & in Nou. 22. c. 25. §. ingratitudinem. & vide glos. in Auth. non licet. C. de liber. præteritis.*

His expositis progrediemur nunc ad textum, vbi obseruabis iuris veteris magnam diuersitatem, & in forma exheredationis, & in modo infirmandi testamētum id, in quo non sunt omnia illa ritè obseruata. Et in summa, aliud ius fuit in filio, qui est in potestate; aliud in filia, in nepotibus, in posthumis, qui fortè post obitum testatoris nascuntur, aut sanè post factum testamentum; in quasi posthumis, hoc est, nepotibus, qui quidem viuo parente & ante factum testamentum nati, postea mortuo suo patre quasi quidam posthumi in locum suorum heredum agnosci possunt & solent; in liberis emancipatis; in adoptiuis; denique in liberis lineæ maternæ, id est, cum disputatur siue quæritur de testamento materno & lineæ maternæ eorum, scil. qui in potestate liberos non habent De quibus monebimus ad ipsum textum; vbi ampliùs interserit etiam aliquid de testamento militari.

§. 1. Non tamen, &c.

Propositio de institutione vel exheredatione liberorum; & vide hic quæ supra citaui *l. inter cætera 30. D. de lib. & posth. heredib. instit. &c.*

℣. Sed qui filium, &c.] Prima distinctio de filio, qui est in potestate, qui verè & semper est suus heres; & nisi is sit institutus vel ritè exheredatus, erit id testamentum iure nullum & nullius momenti, accipiente filio bona ab intestato. *l. 1. & 3. D. de iniusto test. & infra lib. 3. tit. 1. §. 1.*

℣. Adeò quidem, &c.] Legendum, *adeò quidem, vt etsi, &c.* Hic nihil est mutatum hodiè, nisi quod non sufficit nominatim filium exheredare, sed addere debet etiam causam: quæ si non in testamento fuerit expressa, heres eam probare cogitur.

§. 2. Sed non ita, &c.

Secunda distinctio de filiabus & sexu fœmineo, cui non æquè fauebat vetustas, id est media quædam Iurisprudentia, vt benè monuit D. Cuiacius, sed tursus tamen intentius fauit Iustinianus, vt & postea cognosces. His autem adiunguntur etiam nepotes & neptes.

§. 4. Posthumi quoque liberi, &c.

Tertia distinctio in posthumis, qui nisi se inueniant institutos aut exheredatos, testamentum rite factum rumpunt. Quod accipe siue post mortem testatoris nati sint, siue post factum testamentum. Postea verò & hic inter masculos & fœminas discrimen facit quantum ad ipsam exheredationem.

§. 6. Posthumorum autem loco, &c.

Quarta obseruatio in quasi posthumis ex consilio Galli & l. Velleia ex 2. eius capite. de quo *in l. Gallus 39. D. de lib. & posth. hered. instit.* Ecce, si quis fecit testamentum, cui iam mortuo nascatur adhuc filius filiaue, &c. quorum tamen in eo testamento non sit facta mētio, non patientur id testamentum subsistere, sed rumpent, vt iam dixi. Sed & si facto iam testamēto viuo patre talis aliquis nascitur, non consistit id testamentum, sed mutari iam poterit. Quod si pater filium habet suum heredem, & ex eo nepotem vtrinq; iam viuum, rectè testabitur instituendo vel exheredando filium. Sed quid si filius viuo adhuc patre moriatur? Tunc sanè is nepos incipit illi esse suus heres, & quasi quidam posthumus ipsi agnascitur suus heres, & tamen inueniet se in eo testamento præteritum, ideoque rumpet, sed vt hoc non fiat, institui quoque vel exheredari talis debuit fortè huiusmodi formula: *Titius filius meus heres esto; quod si autem is filius meus viuo adhuc me moriatur, aut alias mihi suus heres esse desinat, tunc si quis mihi ex eo sui heredis loco esse cœperit, is heres esto.* Exheredatur etiam sic: *Caius filius exheres esto; & si is me viuo moriatur, tunc quoque, qui mihi ex eo nepos & heres agnascetur & suus fiet, is quoque exheres esto.*

§. 7. Emancipatos liberos, &c.

Quinta distinctio de liberis emancipatis, quos iure ciuili heredes instituere aut exheredare non oportebat. Quibus tamen prætor occurrit, dans iis, si non sint instituti vel ritè exheredati, bonorum possessionem contra tabulas testamenti.

§. 8. Adoptiui liberi, &c.

Sexta distinctio de liberis adoptiuis. Hi sanè in familia adoptiua, hoc est, patris adoptiui sui heredes sunt; & obid ab eo institui aut exheredari debent, quatenus adhuc consistit adoptio. Ea verò sublata, nempè per emancipationem, nihil habent iuris in familia adoptiua, sed redeunt ad familiam patris naturalis, ita tamen vt iure prætorio iuuentur, si pater naturalis illos neglexit.

§. 9. Sed hæc quidem vetustas, &c.

Nunc interserit Iustinianus ius suum nouum, quo multa ex iam dictis mutauit *in L. maximum vitium 4. C. de lib. præteritis.* Sed & huic successit ius Nouel. & nouissimū, quod supra in summa tit. retuli.

§. 10. Circa adoptiuos, &c.

Hic adducit suam illam Constitutionem nouam *in l pen. Cod. de adopt.* de qua diximus *lib. 1. illo tit de adopt. §. sed hodie.*

§. 11. Sed si in expeditione, &c.

Potest esse septima distinctio in testamēto militari, in quo præteritio est loco exheredationis, quasi tacita quædam exheredatio. Si tamen sciat se habere liberos, alioquin magis videbitur id obliuione, & non certo consilio esse factum, vide *in l sicut 9. cum l. sequenti. C. de testamento militis.*

§. 12. Ma-

§. 12. Mater vel auus, &c.

Vltima distinctio de testamento eorum, qui liberos in potestate de iure non habent, vt sic suos heredes eos habere non possunt. Ex his itaque præteritio est loco exheredationis; sed si iniqua erit ea exheredatio, aliud superest adminiculum, nempè, querela inofficiosi testamenti, de quo suo loco. Notat hîc D. Cuiacius, non modo, de quo nunc dictum, militis, item matris, & parentum maternorum præteritionem esse pro exheredatione, sed liberos etiam parentes suos, fratres itidem & sorores silentio exheredare posse, vide *l. cum filium 17. C. de inoffic. testamento.* Memineris semper iuris nouissimi.

DE HEREDIBVS INSTITVENDIS.

TITVLVS XIV.



Heredes instituere permissum est, tam liberos homines, quàm seruos, & tam proprios, quàm alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias nō aliter, quàm cum libertate, rectè instituere licebat. Hodiè verò etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innouationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quàm ad Plautium scripsit, refert.

§ 2. Proprius autem seruus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio vsumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate vtiliter seruus à domina heres instituitur, vt constitutione diuorū Seueri & Antonini cauetur, cuius verba hæc sunt: Seruum adulterio maculatum, non iure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat eiusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, vt in eundem à domina collata heredis institutió nullius momenti habeatur.

§. 3. Alienus seruus etiam is intelligitur, in quo vsumfructum testator habet. Seruus autem à domino suo heres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, heresque ei necessarius. Si verò à viuo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest, quia non fit heres necessarius, cùm vtrunq; ex domini testamento non consequatur. Quòd si alienatus fuerit, iussu noui domini adire hereditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus, neque liber, neq; heres esse potest, etiam si cum libertate heres institutus fuerit. Destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienauit.

§. 4. Alienus quoque seruus heres institutus, si in eadem causa durauerit, iussu eius domini adire hereditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut

viuo testatore, aut post mortem eius, antequam adeat, debet iussu noui domini adire. At si manumissus est viuo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.

§. 5. Seruus etiam alienus post domini mortē rectè heres instituitur, quia & cum hereditariis seruis est testamenti factio. Nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cùm etiam eius, qui in vtero est, seruus rectè heres instituatur.

§. 6. Seruus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, vnicuique dominorum, cuius iussu adierit, pro portione dominii acquirit hereditatem.

§. 7. Et vnum hominem, & plures vsque in infinitum, quot quis heredes velit facere, licet.

§. 8. Hereditas plerunque diuiditur in duodecim vncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab vncia vsque ad assem, vtputà hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem vtique semper duodecim vncias esse oportet. Nam tot vnciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, & si vnum tantùm quis ex semisse (verbi gratia) heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus, decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. Et è contrario, potest quis in quantascunque voluerit plurimas vncias suam hereditatem diuidere.

§. 9. Si plures instituantur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem cōcurrunt. Si verò totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habēt, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest primus, an medius, an nouissimus, sine parte heres scriptus sit. Ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.

§. 10. Videamus si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid Iuris sit, veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacitè pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent; & ex diuerso, si plures heredes scripti in portionib. sint, tacitè singulis decrescere,

vt si

vt si (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si vnusquisq; ex quarta parte heres scriptus fuisset.

§. 11. Et si plures vnciæ quàm duodecim distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea reuocantur, quamuis sint plurium vnciarum.

§. 12. Heres & purè, & sub conditione institui potest; ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest: veluti, Post quinquenium, quàm moriar, vel, Ex Calendis illis, vel, Vsq; ad Calendas illas heres esto. Denique diem adiectum haberi pro superuacuo placet, & perinde esse, ac si purè heres institutus esset.

§. 13. Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicõmissis, & libertatibus, pro non scripta habetur. Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem coniunctim, vt putà; Si illud & illud factum fuerit, omnibus parendum est: si separatim, veluti, Si illud, aut illud factum erit; cuilibet conditioni obtemperare satis est.

§ 14. Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

COMMENTARII.

ALiud nunc proponit argumẽtum; quinam heredes institui possint? vbi annectit etiam illa: quomodo omnino & quàm variè heredes instituantur? Item, quot possint institui heredes? & quomodo inter plures hereditas distribui possit & soleat? Vbi ista regula attingitur; *non posse quem partim testatum, partim intestatum decedere. l. ius nostrum non patitur 7. D. de reg. iur.* Sed quo ad primum & principale caput, ita se res habet: *Heredes institui posse regulariter quosuis, non modo liberos, sed & seruos,* vt vel domino suo acquirant, vel sibiipsis, cum liberi erunt, ceteroquin cũ seruo non est testamenti factio. Sed sunt tamen etiã, quos heredes instituere non licet, eos ferè, qui & ipsi testamentum facere nequeunt propter diuersas causas, de quo antea dixi, nempè heredes institui non possunt hæretici & apostatæ. *l. Manichæos 4. C. de hæret. l. hi qui sanctam fidem 3. C. de Apost.* alias etiam ii, qui lege sunt improbi & intestabiles, institui heredes nequeunt, *vt in l. is cui 18. vbi notatur. D. de testamen.* Peregrini itidem, id est, qui ciues Romani nõ sunt; item in peregrinitatem redacti ob pœnam, & deportati institui nequeunt. Sed nec in metallum damnati; vide *in l. 1. C. eod. item in l. si in metall. 3. D. de his, qui pro non scriptis habentur.* Porrò de iis etiam, qui criminis læsæ Maiest. rei sunt, vide *in l. quisquis 5. C. ad l. Iul. Maiest.* Incestuosi quoq; liberi omni hereditate indigni iudicati sunt. Quod intellige, si à parentibus instituantur: ab extraneo enim institui non prohibentur. Ioan. de Platea *in §. legata, infra de legat.* de quo *in Nou. 99. §. fin.*

§. 5. Seruus etiam alienus, &c.

Illud etiam obseruandum est, in personam prorsus incertam non valuisse testamenti factam institutionem. Vlpian. *in Instit. tit. 22.* Et quod de seruis instituendis dixi, scias iterum, cum illis propriè non esse testamenti fa-

 ctionem

ctionem, nisi liberentur; sed ex persona domini saltem ea testamenti factio cum iis est, puta, si dominus ipsorum capax erit. *l. non minus 31. D. eod.* Quærebatur igitur; an seruus hereditarius, hoc est, seruus iacentis hereditatis, item seruus eius, qui in vtero est, heres institui possit? Et respōdet id fieri posse, vide *in d. l. 31 item in l. 52. & l. 64. D. eod.* Ad huius rei confirmationem adducit hanc regulam: *Quoniam nondum adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti*, vide *in l. hereditas 24. & 61. D. de acquir. rerum dominio.* quasi dicat, non est heres incertus sed certus; nimirum aspicienda est persona defuncti, quam refert hereditas.

§. 7. Et vnum hominem, &c.

Absoluta parte priori, quinam heredes institui possint vel non, transit nunc ad secundam de numero heredum. Vbi breuiter id nota, posse quem facere heredes tot, quot velit, quod tamen intellige ἐν πλάτῃ & ciuiliter.

§. 8. Hereditas plerumq;, &c.

Sequitur locus tertius de diuisione hereditatis, cum quis plures vult scribere heredes, idque inæqualiter, siue ex partibus inæqualib. Nam si æqualiter vult, res est expedita, cum sufficiat dicere: *Titium, Caium, Mæuium, filios meos vel fratres heredes instituo.* Et quod ad hoc negotium & ad hanc quæstionem attinet, iterum breuiter indico, veteres ad eam distributionem vsos esse partibus assis, quatenus as significat id, quod est totum & integrum, veluti hereditas, & diuiditur in 12. partes æquales, hoc est, 12. vncias, quarum appellationes habes in textu. Igitur vnaquæque hereditas 12. continet vncias, & 12. exhauritur vnciis, non pluribus, non paucioribus. Sed hic tamen incidére controuersiæ ex facto, cum testator fortè vel plures, vel pauciores constituit partes, vbi non placuit, ob id statim corruere testamentum, quasi non rectè elocutus sit testator; quasi partim testatus, partim intestatus videatur esse, contra regulam Iuris, quam nuper citaui. Sed potius placuit succurrere testamento per interpretationem, & voluntati testatoris magis seruire quàm strictis verbis, vt nimirum iis verbis & partibus, quibus testator vsus est, complecti voluisse dicamus eum assem vniuersum, & vniuersam suam hereditatem, quod fiet Arithmetica quadam ratione, additione & subtractione, quibus aliter dicta & scripta ad veritatem tamen reducamus, seruata etiam vbique vera proportione, ne plus minusve quis accipiat, quam testatoris voluntati cōuenit, & vide de his *in l. interdum 13 l. item qui 17. cum sequent. 18. l. seruum meum 50. §. vltim. D. eod.* Verbi igitur gratia: Finge patremfam. tres habere filios, Titium, Caium, Mæuium, quos vult pro ratione meritorum inæqualiter heredes facere, si sic fortè dixit: *Titium filium ex quadrante, Caium ex triente, Mæuium verò ex quincunce heredem instituo*, nihil ea res habet dubitationis. Nam tot sunt vnciæ in asse, & partes in hereditate, ac perinde est, ac si faciens partes 12. sic dixisset: *Titium in tribus partib. Caium in quatuor, Mæuium in quinque heredes esse volo.* Nunc finge duos eum habere filios, Caium & Mæuium, quos instituerit fortè æqualiter, sed nominatis partibus, hoc modo: *Caium & Mæuium filios heredes instituo singulos in triente.* Hic supersunt partes, quæ non sunt distributæ, sed ita ineunda est ratio, vt addantur singulis duæ vnciæ, & qui sunt instituti in triente, credantur instituti in semisse. Quod si isto nostro casu sic dixit: *Caium in semisse, Mæuium in besse heredes esse volo*, excessit in distributione 12. vncias, vt sit detrahendum singulis, vt cui semissem dedit, videatur dedisse quicuncem; cui bessem, septuncem. Eodem modo intellige cætera plura exempla, quæ hic proponuntur, de quibus monebo. Vide Suetonium de testamento Cæsaris in vita ipsius *cap. 83.* Nos aut his aut aliis potius vtimur rationibus. Vide Viglium.

§. Vt puta

ꝟ. Vt puta, &c.] Hic legendum est, vt puta vncia, sextans, &c. quia vncia prima & minima pars est assis.

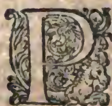
§. 12. Heres & purè, &c.

Quartus locus; quonam omnino modo heres vtiliter institui possit, & quàm varie? Vbi quæstio est de die, de tempore, de conditione, quæ & ipsa varia est. Sanè vario modo heres institui potest, prout id testatori videbitur. Non tamen potest institui ad tempus vel ex tempore, vt: *heres esto ad illud tempus; ex illo tempore.* Nam sic ratione temporis partim testatus, partim intestatus erit. Et qui heres est, heres esse desinere non potest; vide *in l. hereditas 34. & l. ei quod soluēdo 88. D. eod.* De conditione aliud est; nam placuit posse heredem institui sub conditione, nimirum vt conditioni adscriptæ parere imprimis ipsum oporteat, & vt, nisi conditioni satisfiat, vel etiam nisi ea conditio existat, heres non efficiatur. Nam is rei effectus est, exempli gratia: Si illum adoptaueris; heres meus esto. Et obseruandum hic illud, quod pulcherrimum dictum est à Germanico Cæsare: *Non hoc præcipuum amicorum munus est, prosequi defunctum ignauo questu, sed quæ voluerit meminisse, & quæ mandauerit exequi.* Cornelius Tacitus *lib. 2. Annalium in eius vita.* Igitur, vt dixi, sub conditione heres institui potest, quoniam & pœnæ nomine adimere licet, vt infra *de legatis*, vbi dicemus, & habes *in Pandect. tit. de condit. instit.* Iam verò conditio etiam varia est, de qua re infra aliquoties audiemus *ad tit. de verbor. oblig. & tit. de inutil. stipul.* Et omninò conditio alia arbitraria est, id est, posita in arbitrio; alia casualis. Et hoc in loco est conditio simplex & multiplex; est possibilis & impossibilis. Et iam hoc etiam quæritur, an possit sub omni cōditione heres institui? Imprimis, cum plures sint adscriptæ cōditiones, distinguitur, copulatiuè vel coniunctim sit hoc factum, an disiunctim? Nam si coniunctim, omnibus etiam parendum est. Ea enim est natura copulatiuorum. Sin disiunctim; sufficit alterutram adimplere, veluti, si hoc aut hoc feceris, vide *in l. si heredem 5. D. de condit. instit. l. si is qui 14. §. cum ita D. de rebus dubiis. item in l. si quis ita 129. D. de verb. oblig.* Conditioni propriè impossibili parere heres non potest. Huic autem annumeratur & turpis, cui parere non debet. Et notandum, quod pulchrè admodum scriptū est à magno illo Papiniano: *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostrā, & vt generaliter dixerim, quæ contra bonos mores sunt, ea ne facere nos posse credendum est. l. filius qui fuit 15. de condit. instit.* Quid igitur amplius, si talia à testatore adscripta sint? Dixi heredem non oportere obtemperare. Amplius verò legibus constitutum est, vt talia pro non scriptis habeantur, (vt & dies pro non scripta non habetur) & heres, cui facilè nihil imputari potest, nihilominus hereditatem capiat. Et de hoc habetis hic pulchram & copiosam regulam *in §. sequent. impossibilis;* & vide *in l. 1. D. de condit. instit. & l. obtinuit. 3. D. de condit. & demonstr.* Quod ad eos attinet, quibus quasi Iure naturæ hereditas debetur, non videtur posse eos sub omni cōditione rectè & cum effectu institui, sed cum ea tantum, quæ est in potestate. Sed tamen quemadmodum dictum est de exheredatione sine causa legum expressa, isti tota hereditate priuari non possunt. Sed de hoc vide latius *D. eod. tit. de heredi. instit. l. 3. 4. 5. 6. l. filius 28. D. de liberis & posthu. l. vlt. D. de condit. instit. l. si libertus 22. § si libertinus. D. de bonis libertorum l. si pater 4. C. de inst. & subst. item in Nou. 1 &c.* item Cuiac. *in l. 3. D. de liber. & posthum.*

DE

DE VVLGARI SVBSTITV-TIONE.

TITVLVS XV.



Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere: vtputa; Si ille heres non erit, ille heres esto, & deinceps, in quantum velit testator, substituere potest; vt nouissimo loco in subsidium, vel seruum necessarium heredem instituere possit.

§. 2. Et plures in vnius locum possunt substitui, vel vnus in plurium, vel singuli in singulorum, vel inuicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

§. 3. Et si ex disparibus partibus heredes scriptos inuicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit, & ita diuus Pius rescripsit.

§. 4. Sed si instituto heredi, coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, diui Seuerus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad vtramq; partem substitutum admitti.

§. 5. Si seruum alienum quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit, & si heres non esset, Mæuium ei substituerit; isq; seruus iussu domini adierit hereditatem, Mæuius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba; Si heres non erit, in eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: Si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit. In eo verò, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi, vel ei, cuius iuri postea subiectus esse cœperit, non acquisierit. Idq; Tiberius Cæsar in persona Parthenii serui sui constituit.

COMMENTARII.

SEquitur rursus aliud caput in hac materia testamentaria, nempè, post institutionem heredum de substitutione, de quo Modest. *in l. 1 D. eod.* sic scribit: *Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti. Instituti dicuntur primo gradu: substituti secundo vel tertio.* Ex quo facilè est cognoscere, qd sit substitutio, (quid sit instituere neminem arbitror ignorare, qui sciat verbi cõpositionem ab *in* & *statuo.*) nempè post institutionem quasi secundi heredis appellationem. Et quo magis nũc etiam argumentum vlumq; tituli & materię intelligas, id monendum est, ab heredis institutione initium testamenti facere oportere eum, qui testatur: siquidem heredis institutio caput est & fundamentum totius testamenti. *l. 1. D. de hered. instit. & infr. de legat. §. ante heredis.* Heres enim est is, qui futurus est vniuersi iuris successor, quem quidam ab hero dictum putant, quod sit dominus, *vt infra de heredum qualitate. §. fin.* Quo magis itaq; quod ad eam rem attinet, subsistat testamentum, & heredem omninò testator habeat, non modo fit, vt plures instituamus eodem

grado.

gradu, qui coheredes sunt & dicuntur; sed etiam plures quasi gradus heredū efficimus pro gradu, vt sic dicam, amoris nostri, imò & fidei alterius cōmittimus, vt hereditatem alii det, restituat, & hæc omnia ex legis voluntate. Sed quo ad rem præsentem, institutus primus est, quem heredem præcipuè esse volumus, & purè semper institutus est, siue respectu aliorum subsequentium. Substituti secundi sunt tertiive, qui semper quasi tacitam conditionem habent; sub qua ipsi admittantur aut excludantur. Et hæc hactenus pertinent ad explicandam definitionem substitutionis, vt intelligamus quorsum tendant hæ substitutiones. Qua exposita, videndum nūc erit, quot modis & quàm variè fiat substitutio? Et videtur mihi potissimùm sumendum esse discrimen ab ipsis conditionibus; postea indicari poterunt cæteræ nonnullæ qualitates; alioquin infinita propemodum erit multitudo, quæ confundit discentes. Et quo ad conditiones, quæ sunt potissimum hæ; prima, si heres non erit; secunda, si erit, sed intra pubertatem moriatur; efficiemus potissimùm substitutionem duplicem, vulgarem & pupillarem, de quibus sunt *&* *hic, & in Pand.* expressi tituli. Accedit tamen & ea conditio, si heres erit & in furore moriatur. Vnde & quasi pupillaris siue exemplaris substitutio. Et postea accedunt aliæ etiam qualitates, vt dicatur substitutio simplex, duplex, expressa, tacita, siue intellecta, integra formula, compendiosa siue breuiloqua, reciproca siue mutua, & non reciproca; nominatim facta, & generaliter facta, de quibus infra suo loco monebimus.

Et iam ad præsentem tit. de substitutione vulgari, quæ definitione, ostendente causas, item exemplo aperienda est; postea videbimus textum. Est igitur vulgaris substitutio communis, quæ fit promiscuè & vulgò ab omnibus heredes instituentibus, & inter omnes, puberes & impuberes, extraneos & liberos, ea potissimùm fini, vt testator heredē omninò aliquem habeat; & hac conditione, si heres non erit. Estque eius integra formula talis: *Titium heredem mihi instituo*; &, si heres ipse non erit, Caium heredem instituo, &c. & sic deinceps, quousq; quis velit, vt infra in textu. Et hæc verba: *Si heres non erit*, sic intelligantur: *Si heres esse non possit*, aut *si nolit*; nempè: *si Titius heres esse nolit aut non possit, tum Caius erit.* Existit enim conditio: *Si verò Titius erit, Caius substitutus non erit.* Nam deficit conditio & finitur substitutio.

§. 2. Et plures in vnius locum, &c.

Proposuit imprimis quasi generalem doctrinam de substitutione hac. Nunc dicet de vario modo & forma eius, & de quibusdam in ea re exemplis singularibus & casibus. Ecce, potest quis vni substituere, & econuersò; veluti: *Titius sit mihi heres, &, si heres non erit, Caius & Mauius esto.* Vel: *Caius & Mauius sint heredes, &, si non erunt heredes, Titius esto.* Potest singulis substituere: *Titius & Caius heredes sunto, si Titius non erit, Mauius esto. Si Caius non erit, Sempronius esto,* vbi singuli habent substitutum. Potest inuicem ipsos institutos substituere, vt *Titius & Caius heredes mihi sunto, &, si Titius non erit, Caius esto: sin Caius non erit, Titius esto,* quæ est reciproca substitutio, nimirum vbi inuicem, id est, alter alteri substituitur, quod hic factum est integra formula. Potest & breuiter fieri, vt sit breuiloqua, vt: *Caius & Titius inuicem substituti heredes mihi sunto.*

§. 3. Et si in disparibus, &c.

Casum siue exemplum & facti speciem nunc proponit de pluribus institutis ex partibus inæqualibus; de qua re disputatum est *tit. præcedenti.* iisq; inuicem substitutis simpliciter, hoc est, cum nō expresse dictum est, quæ pars ad singulos substitutos deuolui debeat, & ait, eas partes ex substitutione deberi, quæ sunt in institutione expressæ. Verbi gratia ex *l. si plures 24 D. eod.* si vnus ex vncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio, in nouem partes

diuidetur quadrans, vt secundus octauam, primus vnam auferat, vide etiam *in l.1. C. de im pub & aliis substit.*

§. 4. Sed si instituto, &c.

Alium proponit casum *ex l. si Titius 27. D. eod.* Et vt breuiter & simpliciter dicã, quemadmodum Iustinianus hic fieri voluit, testamentum est tale. Dixit Testator: *Titius & Mauius heredes mihi sunto. Si Mauius non erit, Titius esto; si verò Titius non erit, Sempronius esto.* Quæritur nunc, an pars Titii substituti suo coheredi qualitercunq; deficienti; puta ex institutione vel substitutione, Sempronio ipsius Titii substituto debeatur? an fortè magis aliquo casu Mæuio Titii coheredi accrescat? Et aiunt, sine distinctione admittendum substitutum Sempronium, vide Hottomannum, item Cuiacium.

§. 5. Si seruum alienum, &c.

Tertius casus *ex l. si paterfam. 40 cum l. seq. D. de hered. instit.* cum quis eum, qui seruus est, heredem instituit, putans tamen liberum esse, eique substituit, puta Mæuium, vbi explicat illa verba testamenti: *Si heres non erit, &c.* In summa autem, in casu hoc decidit, eam hereditatem inter substitutum & instituti dominum diuidendam, quasi id æquius sit. Vide latius apud alios; his enim non immoror.

DE PVPILLARI SVBSTITVTIONE.

TITVLVS XVI.



Iberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solùm ita, vt suprà diximus, substituere potest, id est, vt si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres; sed eò amplius. Vt sit heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, si eis aliquis heres; veluti, si quis dicat hoc modo: Titius filius meus heres mihi esto. Et si filius meus heres mihi non erit, siue heres erit, & prius moriatur, quàm in suam tutelam venerit, id est, antequam pubes factus sit, tunc Seius heres esto. Quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres. Si verò extiterit heres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est, vt quùm eius ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

§. 2. Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, vt si qui mente captos habeat filios, vel nepotes, vel pronepotes, cuiuscunque sexus, vel gradus; liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleuerit, infirmatur.

§. 3. Igitur

§. 3. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo sunt testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certè vnum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

§. 4. Sin autem quis ita formidolosus sit, vt timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo, quòd palam substitutum acceperit, post obitum eius periculo insidiarum subiaceat; vulgarem quidem substitutionem palàm facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet. Illam autem substitutionem, per quam, si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamq; partem proprio lino, propriaq; cera consignare, & in priore parte testamenti cauere, ne inferiores tabulæ viuo filio, & adhuc impubere, aperiantur.

§. 5. Illud palàm est, non ideo minùs valere substitutionem impuberis filii, quòd in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamuis pupillo hoc periculosum sit. Non solùm tamen heredibus institutis, impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, vt si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid exheredato pupillo ex hereditatibus, legatisve, aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit.

§. 6. Quæcunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.

§. 7. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat. Nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeò vt si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

§. 8. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum nouissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit, nouissimo, si ius legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

§. 9. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, Titius heres esto; aut generaliter, vt, Quisquis mihi heres erit. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt.

§. 10. Masculo igitur vsq; ad quatuordecim annos substitui potest: fœminæ vsq; ad duodecim annos, & si hoc tempus excesserint, substitutio euanescit.

§. 11. Extraneo verò, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest,

test, vt si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solùm permissum est, vt eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem eius, vel totam, vel pro parte restituere. Quod ius quale sit, suo loco trademus.

COMMENTARII.

SEquitur pupillaris substitutio. Ea est, qua parentes liberis suis impuberib. quos in potestate habent, heredibus institutis, &c. alios heredes substituunt, ad hoc, vt, etsi heredes sint, & post mortem parentis intra annos pubertatis, dum ipsi adhuc testamenta facere non possunt, moriantur, sit alius heres. Itaq; conditio est: *Si heres erit & prius moriatur, quàm in suam tutelam venerit.* Quamquam & communis illa siue vulgaris substitutio simul addi potest & solet, vt vtroq; casu, *siue heres non erit, siue erit & moriatur*, sit prouisum. Et erit substitutio expressa duplex; & formula integra est talis: *Titius filius meus heres mihi esto, & si filius meus mihi heres non erit, siue heres erit & prius moriatur, quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* Ex quo fit, vt, si Titius filius heres non extiterit, Seius eius patrisfamilias heres sit; sin ille heres extiterit, & tamen ante pubertatẽ moriatur, Seius & patrisfam. quasi per filium sit heres, & filii itidem sit heres quasi ex testamento filii à patre facto. Nam ita filio testamentum facit pater, quod moribus, inquit, introductum est, id est, moribus magis quàm certa lege; vide *in l. morib. 2. D. de vulg. & pup. substit.* Quod si verò filius in suam tutelam venerit, iã euanescit ea substitutio, quasi deficiente conditione, & magis subseditur ei ex proprio testamẽto, si quod ipse fecit, vel sanè ab intestato. Et hoc est pręcipuũ caput huius doctrinæ & huius substitutionis, cuius propria quædam deinceps attingit.

Sed nobis hoc ante nunc explicandum est, quod quæritur, an si pater saltem in alterum casum substituit filiofam. impuberi, possit id etiam extendi ad casum omissum, quasi & id testator videatur velle, puta, si pater sic scripsit: Titium filium meum heredem instituo, & si heres non erit, Caius heres esto; accidat autem, vt is heres quidem existat, sed tamen intra pubertatem moriatur, quæritur, an idem Caius heres ei esse ex voluntate testatoris debeat, quasi dictum sit, aut si heres erit & morietur, an magis succedatur nunc ab intestato? Et placuit diuo Marco substitutum hic admittendum, quasi id testatori placuerit, vt hic substitutio vulgaris simplex quidem verbis tacitè contineat etiam pupillarem, vt sit reuera duplex, sed tacita; vide *in l. in hoc 4. D. eod. l. quamuis 4. C. eod.*

Sed & alia suborta est hic quæstio difficilior; an etiam expressa tantummodo pupillaris contineat etiam tacitam vulgarem, puta, paterfamil. sperans posthumum sic dixit: Posthumum meum heredem mihi instituo, & si heres erit, & priusquam in suam tutelam venerit, morietur, Caius esto; accidat autem, vt posthumus nullus nascatur, qui heres existat, quæritur; an substitutus admitti possit? Quæ quidem controuersia & quæstio olim celebris fuit in causa Curiana, testatore nimirum Apponio, qui ita substituit Marcum Curium, agentibus causam magnis ICtis, Marco Crasso & Q. Scæuola, quorum alter defendit scriptum, alter voluntatem & sententiam, cuius actionis sæpè meminit Cicero *1. de Orat. in Orationpro Cecinna in Topic. in Bruto.* Item Quintil. *lib. 7. c. 7.* Sustinuit autem idem Ciccr. pro Crassi sententia, qui substituti causam egerat, iudicasse tum Iudices & Centumviros, quasi qui voluit heredem filio mortuo impubere, voluerit etiam eum heredem filio nullo nato. Atqui de hac controuersia textus nullus est.

Nondum

Nondum etiam erat tum lex diui Marcii, vt expressa vulgaris continetet tacitam pupillarem. Sed ex illis vides & intelligis, nō male produci legem illam diui Marcii ad hunc etiam casum, nempè, vt, quemadm. expressa vulgaris tacitam continet pupillarem; sic etiam expressa pupillaris tacitè contineat vulgarem, & ita rectè Dd. Estque hæc non vitiosa sed casta legum inductio, quam vnicè oportet amari. Equidem non continebit tamen vulgaris substitutio pupillarem, &c. repugnante testatoris voluntate, & ita pulchrè *in l. 4. D. eod.* Hæc hactenus; ex quibus intelligitis nūc, quid sit substitutio simplex, duplex, expressa, tacita.

Videamus nunc de aliis quibusdam huius substitutionis pupillaris proprietatibus & conditionib. nempè eo modo paterfam. filio facit testamentum, sed saltem vsque ad annos pubertatis: nam post pubertatem statim expirat ea substitutio, *infra §. 2. & §. pen. l. in pupillari 14. D. eod.* Atqui hoc filii testamentum pars tamen dicitur & sequela testamenti paterni, dicuntur & secundæ tabulæ; vnde sanè non facit pater filio tale testamentum, nisi & sibi testamentum faciat; & non consistit pupillaris substitutio, nisi & subsistat patris testamentum. Nam vtcunq; diuersa sunt, & duo quodāmodo testamenta, est tamen illud, vt iam dixi, pars huius, vt corruente principali, corruat & sequela, *ita hic in §. 1. §. 3. & § liberis item l. 1. & 2. l. sed si plures 10. D. eod. tit* Illud etiam obtinet, quod possit pater filio etiam exheredato ita substituere, cū de alieno etiam testatur & filiofam. faciat testamētum, nempè de iis, si quæ aliunde ipse acquiret, *ita infra §. non solum. item in d. l. 1. 2 & 10. item pen. D. eod.*

§. 2. Qua ratione excitati, &c.

Ad exemplum substitutionis pupillaris hucusque expositæ introducta est substitutio talis, qua parentes liberis suis in furore constitutis heredibus institutis, & si heredes erunt, sed in furore non facto etiam ante testamēto decedunt, substituunt alios. Quod humanitatis ratione introductum est, id est, pietatis & æquitatis Et dicta est itaque hæc substitutio Exemplaris, siue etiam quasi pupillaris; quæ euanescit sublata ea causa, nempè furoris. Dd. eandem quoque substitutionem producunt iterum ad liberos mutos, surdos, furiosos, qui testari non possunt. Volunt etiam in ea re vulgarem quasi pupillari & ècontra inesse. vide Bart *in l. ex pacto. D eod.* Est itaq; hæc substitutio similis præcedenti. Hoc verò etiam interest, quod ita substituere possint quilibet parentes, quod ibi non obtinebat. Sed & qui substituit hoc modo, debet liberis suis, si & ipsi liberos habent, eos substituere, his verò deficientibus substituet illis proprios fratres, post hos potest quoslibet, vide *in l. humanitatis 9. Cod. eod.*

§. 4. Sin autem, &c.

Quomodo pupillariter substitui debeat & soleat, dixi. Sed potest ita etiam pupillus variis insidiis & machinationibus exponi. Ergò aliam quoque formam substitutionis huius præscribit; quæ tamen si obseruata non erit, nihil obest institutioni & testamento, vide *in l. pupillares tabulas 8. D. quemadmodum testamenta aperiantur.*

§. 8. Et singulis, &c.

Ostendit nunc etiam, variè posse istam substitutionem fieri, nempè, cum quis plures habet impuberes, & vel singuli habeant substitutum, vbi vel eos ipsos inuicem substituere potest, & sic omnes moriātur testati, vel saltem nouissimus habeat substitutum, & aliàs ipsi inter se succedant ab intestato, vt si dixerit: *Titium, Caium, Mæuium filios meos impuberes heredes instituo, ei, qui nouissimus eorum impubes morietur, Sempronium substituo.* vide *in l. 5. r. vel singulis. D. eod.*

§. 9. Substituitur autem, &c.

Iterum substituitur aut nominatim aut

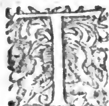
generaliter. Nominatim expresso substituti nomine, vt hactenus: Generaliter dato substituto in genere, quod ita fiet: *Filio fortè exheredato institutis aliis pluribus heredib.* (quod potest etiam fieri ex certis partibus) *veluti Titius, Caius, Mauius heredes mihi sunto:* dicat nunc: *Quisquis mihi heres erit, filio quoque impubere mortuo, heres esto.* Porro habet & ea substitutio peculiarem nonnunquam effectum. Sed de hoc monebit textus, & vide latius *in l. cum filio. & l. qui liberis 8. §. hac verba. D. eod.* item Dominum Viglium.

§. 10. Masculo igitur, &c.

Quis possit pupillariter substituere, & quibus ita substituatur, & quousq;, aliquoties indicaui *in §. 1. & in §. 2. insi* & nunc hic & de hoc ante sufficiẽter diximus. Sed, quid si quis hac potestate abutatur? Substituat extraneo quem in potestate nõ habet. Quid si substituat filiofam. puberi, aut vltra eos annos pubertatis? Veluti *Titium filium heredẽ mihi instituo, & si heres erit & intra annum 20. morietur, substituo illi Caium, &c.* Sanè consequitur, substitutionem illam nullius esse momenti. Addit tamen Iustinian. patrem filio suo hoc committere posse, vt hereditatem vel eius partem alteri restituat, quam vocant substitutionem precariam, quæ fit verbis obliquis & precariis. Sed hic etiam quærunt, anne verba directa ad fideicommissum hic trahi possint? Quod quidem videtur concedi posse paterno iudicio. Et communi calculo id probatur. Admodum autem mihi hic placet D. D. Wesembecii, post Viglii annotationem candidum genus interpretationis, quam vnicam amo, scil. spretâ certa veritate meo merito circumducat varietate opinionum. Verius, ait, esse, ex textu non valere, etsi contrarium communi sententia receptum est. Nota autem nunc esse rursum substitutionem, aliam directam; aliam fideicõmissariam siue precariam. Sed de fideicommissis *alio tit. eod. lib.*

QVIBVS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

TITVLVS XVII.



Estamentum Iure factum vsque eò valet, donec rumpatur, irritumue fiat. Rumpitur autem testamentum, cùm in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti ius vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptauerit sibi filium per Imperatorem, eum, qui est sui iuris; aut per Prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum eius rumpitur quasi adgnatione sui heredis.

§. 2. Posteriore quoq; testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur, nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, an non. Hoc enim solùm spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut viuo testatore, aut post mortem eius, antè quàm hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamiliâs intestatus moritur. Nam & prius testamẽtum non valet, ruptum à posteriore, & posterius æquè nullas habet vires, cùm ex eo nemo heres extiterit.

§. 3. Sed

§. 3. Sed & si quis priore testamento iure perfecto, posterius æquè iure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse, diui Seuerus & Antoninus Augusti rescripserunt, cuius constitutionis verba & hic inseri iussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit. Imperatores Seuerus & Antoninus Augusti Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde iure valere, ac si rerum mentio facta non esset, sed & teneri heredem scriptum, vt contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat bis, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus, vt valeret prius testamentũ, expressum est, dubitari non oportet. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

§. 4. Alio autem modo testamenta iure facta infirmantur, veluti cùm is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit, quod quibus modis accidat, primo libro retulimus. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non iure fiunt, irrita sint: sed & ea, quæ iure facta sunt, & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat singulas causas singulis appellationib. distingui, ideo quædam non iure facta dicuntur, quædam iure facta rumpi, vel irrita fieri.

§. 5. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio iure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modò defunctus, & ciuis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia ciuitatem, vel etiam libertatẽ testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptiui patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

§. 6. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quòd postea testator id noluerit valere, vsq; adeò, vt & si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, & aut mortalitate præuentus, aut quia eum eius rei pœnituit, id non perfecerit, diui Pertinacis oratione cautum sit, ne aliàs tabulæ priores iure factæ irritæ fiant, nisi sequentes iure ordinatæ & perfectæ fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

§. 7. Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem eius, qui litis causa Principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitimę factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque

ex nuda

ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex vlla scriptura, cui iuris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc diui Seuerus & Antoninus sæpissimè rescripserunt. Licet enim (inquiunt) legibus soluti simus, attamen legibus viuimus.

COMMENTARII.

TEstamenta iure facta, de quibus ritè faciendis hactenus dictum est, tamdiu subsistunt, donec infirmentur. In Pandectis tit. est *de iniustis rupto & irrito facto testamento*, vbi plures videtur coniungere testamentorum qualitates siue passiones, quarum etiam iam ante aliquoties meminit Iustinianus. Nullum etiam est testamentum, quod ab initio non valet, quod non subsistit, in quo & iuris solemnia desunt. Sed hic potissimum scribit de eo, quod infirmatur; & infra ostendit, infirmandi verbo se duo cõtinere, nempè testamentum ruptum & irritum factum. Ruptum volunt esse id, quod manente testatore in eodẽ statu infirmatur, quod fit quasi agnatione sui heredis, vt hic est in exemplo; item, per aliud testamentum posterius, de quo infra. Irritum fit mutato statu testatoris, nempè quia testator postea passus est capitis deminutionem.

℣. Si quis enim, &c.] Declaratio primi membri, per exemplum primum; cum quis facto testamento adoptauerit aliquem, & ita suum heredem fecerit, qui tamen in testamento iam ante facto neque institutus neque exheredatus est. Sed de ruptione testamenti per agnationem vel quasi agnationem posthumi supra *ad tit. de Instit. & exhered. liberorum* audiuistis. Vide de his *in l. posthum 3. & l. certum est 8. cum concord. D. de iniust. rupt. & irrito testamento.*

§. 2. Posteriore quoque testamento, &c.

Exemplum siue species alia testamenti rupti per posterius. Et de hoc imprimis dicendum est, quomodo per testamentum posterius rumpatur & infirmetur prius; vt id spectandum sit, quod erit posterius, ea voluntas & sententia, quæ erit posterior. Nam, vt dicitur: *Ambulatoria est hominis voluntas vsque ad supremum vitiæ exitum.* vulgata *l. 4. D. de adim. legat.* Thesis igitur siue thema est: *Quodlibet testamentũ rumpitur per aliud posterius.* Quod thema deinceps declarabitur per ampliationes & limitationes, vt vocant. Et imprimis posterius rumpere prius verum est, etsi quis promiserat vel dixerat, se testamentum suum non aboliturũ. Vide *in d. l. 4. D. de adim. leg.* & quod adducitur argumentum ex *l. morib. 2. §. interdum. D. de vulg. & pup. subst.* Ex quo notabis quoque, neminem sibiipsi adimere testamenti factionem. Vide itidem quod notatur *in c. quod semel. de reg. iur. in 6.* Secundo, etsi ex posteriori testamento nemo heres extiterit, tamen prius etiam ruptum est per posterius; & ita morietur intestatus; quod latius declaratur in hoc ipso nostro §. Sed iam rursus testamentum prius rumpi per posterius, ita verũ est, si & posterius etiam iure perfectum sit: nam imperfectum nõ potest tollere perfectum, de hoc *in §. ex eo infra.* Nuda etiam voce & nuda professione testatoris dicentis, se nolle id testamentum subsistere, non ilicò euertitur ritè factum testamentum, *dicto §. ex eo.* Iam hic illud etiam notandum est, posterius tùm rumpere prius, si illi contrarium vel ab illo diuersum erit: nam potest quis vnius voluntatis & testamenti plures facere Codices, *vt supra de testamentis §. sed & vnum.* Sed non potest paganus iure cum pluribus diuersis mori testamentis, de quo *in l. quærebatur 19. D. de militari testamento.*

§. 3. Sed & si quis, &c.

Est alia distinctio, si quis testamentum

vnum

vnum fecit, & post in alio scripsit heredem, sed saltem ex certis quibusdam partibus vel rebus; hic etsi dicas posterius tantum valere propter rationes ante dictas; tamen occurrit etiam illud, quod non possit quis partim testatus, partim intestatus decedere. Sed rescripserunt diui Seuerus & Antoninus, posterius testamentum ita rumpere prius, vt is quidem heres sit, hereditatē v[illegible] prioris testamēti heredi restituat, retēta sibi quarta, vt exemplū eius, qui ex fideicommisso restituit, de quo suo loco, & hanc esse testatoris voluntatem, siquidem adiecit in posteriore testamento, velle se, vt & primum sit ratum. Quod si id non sit insertum, non posse hanc coniecturam sumi. Itaque hoc casu totam eam hereditatem posterioribus testamenti heredibus adscribunt, vide *in l. si quis 29. D. ad SC. Trebell.*

§. 4. Alio autem modo, &c.

Nunc de testamento quod irritum fit. Thema est: *Irrita fiunt testamenta capitis deminutione ipsius testatoris*, quod explicatur per species, nempè siue passus sit ille capitis deminutionem maximam seruus effectus, siue mediam, ob delictum fortè deportatus & in peregrinitatem redactus, amittens suo illo exilio ius omne ciuitatis; siue denique minimam, quia post factum testamentum ab alio adoptatus erit. Sed tamē hic tenenda est exceptio, cum, vt supra audiuimus, quorundam testamenta, veluti captorum ab hostibus, iterum possint conualescere, vel iure postliminii, vel sanè ex l. Cornelia. Item illi, qui ob delictum deportati sunt, indulgētia Principis restitui in integrum possunt, vt sic quoque testamentū conualescat, vide *in l si quis filio 6. §. irritum, cum §. sequenti. D. eod.* Illud nunc obserua, militis tamē testamentum haud ita facilè vt per minimam capitis deminutionem infirmari, & hoc habuistis *supra ad tit. de militari testamento*, & vid. *in l. miles filiusfam. 22. cum l. sequenti. D. de milit. testamento.*

§. 5. Non tamen per omnia, &c.

Distinctio siue exceptio: si quis testamentum fecit iure prętorio, id est, secundum obseruationes prætorias, de quibus audiuistis *ad tit. de testamentis. §. postea vero*, isq; capitis deminutionem passus sit, & post quomodocunque recuperauerit ius ciuitatis, etsi non sit plenè restitutus; ex hoc testamento pollicetur Pretor se daturum bonorum possessionem, quod tamen quidam sic intellexerunt, si restitutus declaret se eo testamento mori velle, vide *in l. 1. §. exigit. l. qui ex liberis 11. §. 2. D. de bonorum poss. secundum tabul. l. posthumus 12. D. eod.*

§. 6. Ex eo autem solo, &c.

Redit ad primum locum de testamento rupto, idque per testamentum aliud posterius, & distinguit, nisi id testamentum non sit perfectum, idque ex oratione Principis D. Pertinacis. Sed de hoc supra dixi. Porrò *in §. sequenti & fin.* addit iterum distinctionem generalem, [illegible] Princeps heres sit institutus in testamento aliquo non solemni, non perfecto, non iure facto, & præsertim, vbi Princeps litis causa per calumniam institutus est, de quo *in l. pen. D. de hered. inst.* & scribit benignè pariter & grauiter, idque secundum eandem orationem D. Pertinacis, qui etiam fertur dixisse: *Sanctius esse inopē Remp. obtinere, quàm ad diuitiarum cumulum per dedecorum atque discriminum vestigia peruenire*, Principem non admissurum esse talem hereditatem, adducens aliorum itidem Principum clementem & piam sententiam.

℣. Licet enim legibus, &c.] Nota thema: *Principem legib. solutum esse, & tamen legib. viuere.* Et huius sententiæ enarrationem variam & copiosam adferre licebat ex Philosophis & aliis multis. Vide Plutarchum *de doctrina Principum*, Claudianum, Apollonium, quæ annotata sunt ad *l. ex imperfecto 23. D. de legat. 3.* Item Aristotelem *lib. Polit. 3. c. 9.* Zasium etiam *in l. 2 §. eod. tempore.*

D. de orig. iur. & poteramus hic etiam de officio & iure Principis multa dicere, sed ista nunc prætereo, breuissime saltem explicaturus hæc ex nostris. *Princeps*, inquit, *legib. solutus est*, vt & *in l. Princeps 21. D. de legib.* Hoc factum est lege regia, quæ de Imperio Principis lata est *l. ex imperfecto 3. C. de testamentis.* Itaque populus ipse Principem suum legib. soluit, quod necessum est intelligere de legib. ciuilibus, quas populus cogitabat. Leges naturæ & gentium ad populi arbitrium nō pertinent, vt ad eas alligare, vel iis soluere, pro vt velit possit. Dicunt tamen boni Principes, *se iisdem legib. viuere*, id est, etsi legib. soluti sunt, vt quos nunc populus & subditi ad eas cogere non possunt, velle tamen eas obseruare. Vnde dixerunt Theodosius & Valentinianus: *Digna vox est magistratus regnantis legibus alligatum se Principem profiteri. l. digna vox 4. C. de legib.* & repetit hoc Paulus in sententiis lib. 4. tit. 5. Et Alexander dixit: *Nihil tàm proprium imperii est, quàm legibus viuere l. 3. C. de testamentis.* Et ideo ex eadem Paulo in Pandect. refertur eadem sententia cum hac moderatione, *quibus ipse solutus esse videtur, d. l. 3. de legat. 2.* Non sic sanè mali Principes & Tyranni, quibus id persuasum est, quod illa olim dicebat eidem Antonino nostro: *Si lubet, licet.* Sed tales tamen dantur propter peccata nostra, quod homines imperiti & peruersi, vt ait Salomon, non intelligunt.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

TITVLVS XVIII.



Via plerunque parentes sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt, inductum est, vt de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut iniquè se exheredatos; aut iniquè præteritos, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentū ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est

§. 2. Non autem liberis tantùm permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus, prælati sunt. Non ergò contra omnes heredes agere possunt. Vltra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

§. 3. Tam autem naturales liberi, quàm secundum nostræ constitutionis diuisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio Iure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hereditatem totam vel partē eius alio Iure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio Iure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

§. 4. Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento

mento relictum est, quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, vsq; ad quartã legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam cõpleri.

§. 5. Si tutor nomine pupilli, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cùm nihil erat ipsi tutori relictum à patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

§. 6. Sed si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est, ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.

§. 7. Igitur quartam quis debet habere, vt de inofficioso agere non possit, siue Iure hereditario, siue Iure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter viuos, in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, vt siue vnus fuerit, siue plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, vna quarta eis dari possit, vt ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

COMMENTARII.

PVlchrè videtur continuare siue connectere Accursius, quanquã respectu præcedentium materiarum aliter etiam cõiungi iam dictis posse videtur. Sic Accursius: *Qualiter ipso iure testamenta infirmentur, supra dictum est, nunc autem qualiter officio Iudicis proposita querela.* Possumus sic dicere: Visum est de institutione & exheredatione liberorum, & quomodo ea exheredatio fieri debeat, & quæ quidem, si ita facta sit, vti ibi propositum est à Iustiniano, non potest amplius testamentum euerti, quasi iniustum sit aut nullum, nec per bonorum possessionem contra tabulas, vel aliter ipso iure infirmari; sed tamen, si ita quo ad formam legitimè quidem exheredatus dicere possit, se indignè & immerentem exheredatum. Restat igitur, tanquam extremum quoddam subsidium & remedium, querela de inofficioso testamento, vt eo modo euerso testamento ipse nihilominus succedat. Quod etiam obtinet, si quis sit præteritus ab iis, quorum præteritio est loco exheredationis, vt supra *illo tit. de exhered. §. fin.* Et sic nunc etiam vides, quorsum pertineat hic titulus, quodnam sit eius principale thema & argumentum, nempè post declarationẽ iam factam sit thema illud: *Exheredatus siue præteritus si dicat & doceat, se nihilominus indignè & immerentè exheredatum vel præteritum, euerso per hanc querelam testamẽto & excluso substituto, ipse succedet.* Ergò hoc nunc quidẽ indicandum erit, quale sit id remediũ, & rursus per consequens, cũ constabit de hoc actionem esse, quæ habeat suos illos vsitatos locos, breuiter id repetendũ & indicandum est, cui igitur detur hæc actio, aduersus quem, ad quid, quando & quandiu? Igitur scias hanc, q̃ dicimus querelam inofficiosi testamenti, ab eo, ꝙ dicatur testamentũ id factũ contra officium, nempè officiũ paternæ pietatis, & actionẽ dici & accusationem. Item vltimum adiutoriũ & querelam subsidiariam, olim & centum-virale iudicium, vide *in l. quemadm.*

7. cum l. sequenti. D. eod. item in l. maximum vitium 4. §. scimus etenim. C. de lib. prater. Et datur imprimis ea actio liberis ita exheredatis siue præteritis. Sed & aliis tamē datur, ad quos pertinet necessitas institutionis & exheredationis, quod supra *ad illum tit. de inst. & exhered.* adiecimus, vt sic vtilis sit hæc querela iis omnibus, quos instituere vel exheredare oportet. Datur autem aduersus heredem eo testamento scriptum, qui hereditatem iam adiit, nimirum ad hoc, vt si constabit de contraria pietate & obseruantia exheredati siue præteriti, isto excluso hic admittatur, vt iam etiam indicauimus. Ita demum autem datur, si ad hoc & ad hunc quasi finem aliud nullum remedium magis ordinarium exheredato vel pręterito supersit. Nam subsidiarium est remedium & famosum quodāmodo, à quo, quamdiu commodè licebit, abstinendum est. Vnde & in forma actionis moderatio adhibenda, vt per sese, quod durum est & infame, quodammodo verbis temperetur, & inueniatur filius quàm ciuilissimè accusare & oppugnare testamentum paternum, vide infra *§. tum autem. item in l. hoc honore 2. cum seq. D. eod. & hic etiam in §. 1.* Et nunc illud etiam sciendum, dari saltem ab adita hereditate vsque ad quinquennium: nam quinquennio huic actioni præscribitur. *l. 34. & 36. Cod. eod. tit.* De istis igitur proponitur in hoc tit. Sed & additur alia quædam distinctio siue exceptio: nisi exheredatus vel præteritus legitimam suam habeat, aut aliquid saltem ex eo testamento habeat; vbi caput & materies siue doctrina illa de legitima, de quibus in ipso cōtextu videbimus. Sed tamen prius annotandum est etiam de mutatione iuris generali. Et principio tenendum, ipsum heredem scriptum ea, quæ ab aduersario, id est, exheredato negabantur, nempè de commissa ingratitudine, probare debere. Item hodie, quod & alibi tradidi, hoc modo, id est, per querelam hanc testamentum non prorsus infirmatur, sed saltem euacuatur quoad institutionem, vt cætera firma maneant, & hæc *ex Nou. Iust. 115.* Sed & addunt hic plerique interpretes de noua ratione exheredationis, quæ facienda est cum causa certa, de quibus supra dixi. Et ex hoc alii alia tradunt, quasi minus frequens sit vel esse possit ea querela. Sed hæc multi docti nō probant, quos vel ob regulam & fundamentum hoc (*Correctio legum non necessaria vitanda est*) magis sequor, & non puto modum infirmandi testamenti ob causam eam exheredationis admodum esse mutatum, de quo admonui etiam *ad prædictum tit. de exheredatione.*

Nunc igitur, quod ad vsum & superioris disputationis de exheredatione & coniunctim huius itidem materiæ, est ibi, quod ad formulam actionis attinet, ea ad talem aliquem modum instituenda.

Coram vobis, Domini Iudices, &c. compareo Titius actor aduersus Caium reum, propono ac dico, patrem meum N. nuper in Christo defunctum testamentum fecisse, & post se reliquisse, in quo, me exheredato, quasi ingratus fuerim & indignus sua hereditate, ob causam hæreseos & impii erroris ac dogmatis Eutychetis, qui apertè visus est in Christo Iesu Domino & saluatore nostro ita miscere & confundere proprietates duarum in ipso naturarum, vt vnicam solùm cōstitueret naturā, diuinam; ex quo labasceret Christianorum certa spes & firma consolatio, qua consistit in ipso, quod verbum caro factum est, verus homo est, & manet, &c. me inquam ob id exheredato fratris filium patruelem meum heredem instituit, qui & eam hereditatem adiit & nunc tenet. Verum dicit & affirmat actor, se eiusmodi erroris & impietatis, Dei gratia, participem nunquam fuisse & esse, & eius conuinci non posse; sed se de persona filii Dei Domini & seruatoris nostri Iesu Christi ita semper sensisse, credidisse, & locutum esse, sentire, loqui & credere, vt docent Prophetica & Apostolica scripta, sacra Ecclesiæ symbola, ac SS. Sinodi Nicæna, Constantinopolitana, Ephesina & Chalcedonensis, quas Opt.

Max.

Max. Princeps noster Iustinianus & alibi de exheredatione scribens commendauit. Et se itaque satis mirari non posse, quid patri suo, cùm ita testamentum scriberet, ac proprium suum sanguinem, & quem genuit, sperneret, in mentem venerit? Apparere eum nouercalibus quibusdam delineamentis instigatum ac corruptum non satis tum sanæ mentis fuisse, qui non potuerit discernere officium hoc pietatis patriæ, & arctissimum inter homines procreationis vinculum. Et petit ideo actor, vt agnoscatis, & vestra iudiciali sententia pronuncietis, id testamentum contra officium paternum esse factum, & subsistere itaque non posse & non debere, & vt eo rescisso Caium Reum, qui eam hereditatem non iure tenet, Actori vero, legitimo & naturali heredi eandem cum omnibus fructibus restituere iubeatis, & ad hoc compellatis. Et in hoc implorat vestrum officium & auxilium, petens sibi quacunque ratione meliori Ius & Iustitiam administrari. Vide Oldendorpium *in classib. actionum, classe 5. act. 2.*

℣. Nam qui ad hereditatem, &c.] Coniunge §. quoque finalem, *igitur quartam, &c.* & ostendet nunc eum, qui legitimam suam habet, queri de inofficioso testamento non posse, cum habeat partē sibi debitam; *ita in §. fin.* Item eum etiam, qui aliquid ex eo testamento consecutus est, etsi id minus sit legitima, queri non posse, sed potius eum agere tunc debere ad supplementum legitimę ex Constit. Iustiniani *in l. omnimodo 30. C. eod.* & hoc ait Iustinianus se introduxisse ad verecundiam naturæ, nempè, ob venerationem, quam debent liberi parentibus suis, ex qua non facilè studebunt conuellere iudicia parentum; & hoc ius habes etiam *in Nou. 5. c. 6. Nou. 18. c. 1.* Ex posteriori tamen constitutione, nempè sæpedicta Nou. 115. addenda est alia distinctio, nisi is, qui vel aliquid vel etiam legitimam accepit, exheredatus nihilominus sit, nempè, indignè & immeritò. Voluit enim Iustinianus ingratos affici nota exheredationis, etsi aliquid illis detur. Ergo quomodocunque filius habet legitimam aut saltem aliquam bonorum partem, si non est etiam exheredatus, querela hac vti non potest, vt rescindat testamentum. Interpretes tamen hîc iterum emendant textum nostrum. Nam tradunt, filium id, quod habet siue accepit, iure & titulo institutionis habere debere, aliàs nihilominus competere querelam. Et hæc ferè ab omnibus probata est sententia, etiam à doctissimo Viglio & similib. nec est ea inhumana. Sed licet tamen illorum pace dicere; ex textu illius Nouell. non probatur, vide Accursium *in dict. Nouell. 115.* hæsitantem, Baronem contra disputantem, & D. Cuiacium. Maneat igitur illud, vt, qui non est sine causa & indignè exheredatus, siue legitimam habet, aut minus ea, cessante querela, agat hoc posteriori casu ad supplendam legitimam; nempè dicet: *Patrem mortuum facto testamento in bonis habuisse 600. aureos, vt constabit ex Inuentario, sibi verò filio, quem habuit, tantum dedisse centum, nec tamen exheredasse aut exheredare potuisse. Petere se pronunciari, id, quod deest legitimæ, oportere suppleri, & condemnari ac cogi ad hoc, vt suppleat, Reum conuentum, nempè heredem siue heredes cæteros scriptos,* vide Ioan. Oldendorp. *class. 5. act. 3.*

Porrò legitima propriè est portio debita; ex testamento verò legitima est portionis debitæ portio, quæ præcisè danda & relinquenda est, &, vt breuibus dicam, plena & pura debetur & dari debet. Et hæc olim fuit quarta bonorum siue quarta pars portionis ab intestato; nunc ex Nouell. Iustiniani 18. est triens, vel sanè semis, cum plures sint liberi quàm quatuor. Verbi gratia, qui habet in bonis 12000. & liberos quatuor, necessario relinquit iis non ingratis, quos possit exheredare, 4000. vt singuli habeant 1000. Sed quid, si ex iis vnus mortuus sit, & tamen supersint plures filii nepotes testatoris? Puto eos in stirpes venire. Nota igitur hic liberis parentum deberi hereditatem; sed id generatim accipiendum & non præcisè, nempè de aliqua eius parte; & posse parentes inæquali-

qualiter liberis suis hereditatem distribuere, videlicet, vt eos eò magis etiam in officio retinere possint spe vel metu; vide *in l. parentib. 8. C. eod.* Sed & ab ea parte nisi illa natura dicatur deberi, excludi possunt ingrati, quod docet exheredatio. Quæ diximus in causa legitimæ, non tantùm ad liberos, sed & ad parentes & alios, quos instituere vel exheredare oportet, pertinent; vide Viglium hic, item D. Cuiacium.

Porrò attingitur hic etiam de iis, quæ imputantur in legitimam, nempè, cùm quis petit legitimam, siue suppleri legitimam, an & quando ferre cogatur, vt sibi id, quod iam antè à testatore accepit, imputetur? Et id sanè de dotibus & donationibus propter nuptias exprimitur, nempè, quod possint imputari, *vt in l. quoniam 29. C. eod. Nouell. 5. c. 6.* probatur id etiam in donationibus causa mortis, *vt hic*; & vide diligentius *in l. si non mortis 35. D. eod. l. si quando 35. § & generaliter. C. eod.* De donationibus puris & simplicibus quæsitum est. Sed putauero eam rem non obscurè indicari per superiores textus, nempè, non oportere imputari, quod & hic docet exceptio, quæ auctore Cuiacio respicit *ad l. pen. C. de collat.*

Sed & de aliis nonnullis ambiguè disputatur, vt de eo, an sumptus studiorum, quos pater in filium fecit, imputari possint? Equidem in tota illa disputatione, de collationibus & de imputatione in legitimam, illud obserua generaliter, si pater materve declarauerint se nolle collationem aut imputationem, hanc ita rem oportere valere, vt si declaverit se velle valere eam; vide *in l. 1. & l. 7. Cod. de collat. l. penult. D. de collatione dotis. l. ex parte 39. §. intestato. D. familiæ erciscundæ.*

Illud etiam est certum, peculium castrense, cui assimilatum est quasi castrense, conferri non oportere, vt supra: *Quibus non est permissum facere testamentum. §. ex hoc. & in l. 1 §. nec castrense. D. de collat.* De sumptibus studiorum, quod simpliciter eos conferri non oporteat, textus non est. Sed cum textus desit, à nonnullis alia quædam adducuntur argumenta, quibus id probari putant. Sed, vt mihi videtur, satis frigidè. Quidam disputarunt ea, quæ expensa sunt in libros, item in gradus Promotionum, vt vocant, peculio quasi castrensi annumerari, vt ideo conferri non oporteat; vide Lucium *in priuilegiis scholarum, priuilegio 27.* Sed quis illud admittet? Dicitur etiam hos sumptus non esse conferendos, quia cogatur pater filium alere & instituere. *D. de liberis agnoscen.* Sed quis credet probam esse illationem vniuersalem? Ego idem dicerem, quod iam dixi, videndum esse, quid pater voluerit. Sed & illud facilè creditur, in dubio posse coniecturam sumi, quasi pater voluerit id donatum, vt non veniat siue imputetur in legitimam, nisi tamen & aliæ circumstantiæ æquitatem aliam flagitent; & vide argumentum *l. vtrum negotium 47. D. de donat. inter virum & vxor. l. Nesennius 34. D. de negot. gestis.* Et extat de ea re responsum Vlpian. *sub tit. familiæ erciscundæ, l. quæ pater filio 50.* in hæc verba: *Quæ pater filio emancipato studiorum causa peregrè agenti subministrauit, si non credendi animo pater eum misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur.* Vide quomodo hæc cum superioribus argumentis conueniant. Sed plura videte apud alios: me enim non patitur omnia excutere breuitas.

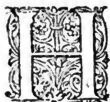
§. 5. Si Tutor nomine pupilli, &c.

Addit aliam distinctionem, docens eum quoque de inofficioso testamento queri iam posse, qui semel voluntatem agnouit; ex quo quasi tacitè huic querelæ renunciauit. Sed ab hoc excipit eum, qui necessitate officii quid fecit, veluti tutor; vide de hoc *in l. Papinianus 8 §. meminisse, l. filius 22 l. aduersus 30. §. 2. D. eod. &c.* Et qui semel hereditatem

reditatem repudiauit, ac postea aliquid ex ea petere, vel eam adire vult, non auditur tanquam indignus; & quod aufertur indigno capit Fiscus.

DE HEREDVM QVALITATE ET DIFFERENTIA.

TITVLVS XIX.



Eredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei. Necessarius heres est seruus, heres institutus. Ideoque sic appellatur, quia siue velit, siue nolit, omninò post mortem testatoris protinus liber & necessarius heres fit. Vnde qui facultates suas suspectas habent, solent seruum suum primo, aut secundo, aut etiam vlteriore gradu heredem instituere, vt si creditoribus satis non fiat, potiùs eius heredis bona, quàm ipsius testatoris à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos diuidantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, vt ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reseruentur. Et quamuis bona defuncti non sufficiant creditoribus; iterum tamen ex ea causa res eius, quas sibi acquisierit, non væneunt.

§. 2. Sui autem & necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modò fuerint. Sed vt nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate aui morientis tempore fuisse: sed opus est, vt pater eius viuo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patris potestate, tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & viuo quoque patre quodammodo domini existimantur. Vnde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii verò ideo dicuntur, quia omninò, siue velint, siue nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento, ex lege duodecim tabularum heredes fiunt. Sed his Prætor permittit volentibus abstinere hereditate, vt potiùs parentis, quàm ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.

§. 3. Cæteri, qui testatoris Iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes à nobis instituti, extranei heredes nobis videntur. Qua de causa, & qui heredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia

quia fœminæ in potestate liberos non habent. Seruus quoque heres à domino institutus, & post testamentum factum ab eo manumissus eodem numero habetur.

§.4. In extraneis heredibus illud obseruatur, vt sit cum eis testamenti factio, siue heredes ipsi instituantur, siue ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, vt constiterit institutio: mortis verò testatoris, vt effectum habeat hoc amplius, & cùm adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, siue purè, siue sub conditione heres institutus sit. Nam Ius heredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio Iuris non nocet heredi, quia (vt diximus) tria tempora inspici debent.

§.5. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento, vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & seruus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento, vel sibi, vel alii acquirere possunt.

§.6. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed siue is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis, siue extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit xxv. annis. Nam huius ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis: ita & si temerè damnosam hereditatem susceperint, Prætor succurrit: Sciendum est tamen, diuum Adrianum etiam maiori viginti quinque annis veniam dedisse, cùm post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem diuus Adrianus cuidam speciali beneficio præstitit. Diuus autem Gordianus postea militib. tantummodò hoc concessit. Sed nostra beneuolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc beneficium præstitit, & constitutionem tàm æquissimam quàm nobilissimam scripsit; cuius tenorem, si obseruauerint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantùm teneri, quantùm valere bona hereditatis contingit, vt ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa obseruatione nostræ constitutionis, & deliberandum existimauerint, & sese veteri grauamini aditionis supponere maluerint.

§.7. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate

luntate suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres vtatur, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo, locandove, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adeunda hereditate, dummodo sciat, eum, in cuius bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit, ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & acquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agit.

COMMENTARII.

NVNC tandem, adeoque ad extremum, dicturus est de hereditatis datione & aditione, in quo præcipuus est testamentariæ illius causæ effectus; & adiunguntur alia quædam vtilia capita & materiæ, & est in Pandectis præcipuè *tit. de acquirend. vel omit. hereditate.* Sed quoniam in hac re plurimum efficit & variat heredum ipsorum qualitas & differentia, de hoc agit in principio. Ait autem & docet, heredes esse triplices; necessarios, suos & necessarios, & extraneos. Licet paulò aliter diuidere ex ICto *sub tit. de cond. instit.* Igitur breuiter, vt differentiam eam indicem & qualitates significem, sic accipe: *Necessarius heres est seruus noster, à nobis cum libertate heres institutus, qui necessariò, velit nolit, heres efficitur*, vt hic concludimus locis concordantibus: neque enim amplius insistam huic membro. *Suus & necessarius heres est è liberis nostris, qui est proximus & primus in potestate nostra, ita vt eum nemo hic præcedat.* Suus dictus, quasi quod non tàm in nouam hereditatem venire, & non tàm in aliena bona, quàm in propria & debita vocari videatur, ita vt sit magis continuatio dominii, in qua cõsequitur nunc liberam bonorum administrationem, quàm noua hereditas. Nam & mortuo parente statim ipso iure fit heres & dominus; siquidem & heres est quasi dominus, vt infra; vide de hoc post text. *h. in l. in suis 11. D. de lib. & posth. l. in suis 14. D. de suis & leg. cum simil.* Et nihil hîc interest, suus sit natura ex natiuitate, vel ex adoptione, nisi quòd & illi debeantur ista natura, huic saltẽ propter adoptionẽ. Necessarius verò dictus est vt suprà, quòd necessariò sit heres. *Extraneus heres est, qui inter iam dictos nõ est, qui nec necessarius est, nec necessarius & suus*, vtputa, prorsus alienus, vel alius etiam quilibet ex familia. Huc pertinẽt quoq; liberi emancipati, & qui non sunt sui, matris etiam heres, serui quoq;, qui non sunt necessarii, vt infra *in §. cæteri qui, &c.*

Et hi sunt voluntarii heredes, quòd pro sua voluntate hereditatem accipiant vel non. Et quidem hereditatem datam & delatam dicuntur derelinquere repudiãdo; accipere verò & acquirere adeundo, vel re vel verbis. Si dicat ac profiteatur se eam hereditatẽ agnoscere & adire, (vt etiam repudiat dicendo se nolle, re siue de facto) si pro herede se gerat, id est, quòd heredis est faciat; sed ita hæc si sciat, & intelligat, quid agat, si seriò & ex animo gerat, & ita dominus efficitur & heres, qui, vt alibi diximus, successor est in vniuersum ius defuncti, commoda & incõmoda. Vnde posthac respondebit ipse creditorib. hereditariis; vide de his post text. *in §. item extraneus. vsq. ad fin. in l. cum heredes 26. D. de acquir poss. l. heredes 37. cum seq. D. de acquir. hered. item in l. recusari 95. l. pro herede 20. l. si is 32. cum seq. l. gerit 88. ibid. supr. quibus ex caus. manumiss. non licet. §. 1.* Antequam autem id faciat, id est, vel

 repudiet

repudiet vel adeat, ne qua facilè in damnum incidat temerè, vel repudiando lucrosam, vel adeundo damnosam, siquidem quicquid acciderat semel repudiata vel agnita hereditate, id ferendum est, nisi si sit iusta causa, cur restitutio in integrum peti & impetrari possit; vt facilè potest minor, difficilius maior. De quo hic in textu;& vide *in l. denique 3 D. de minorib. l. sicut 4. C. de repud. vel acquirend. heredit.* Iulium Paulum *in sententiis lib. 3. tit. 4. in fine. l. si duo 24. & l. necessariis 57. D. de acquir. hereditate.* ne inquam ita lædi possit, imprimis deliberare potest. Et hoc est ius deliberandi; de quo *D. & C. de iure deliberandi.* & datur ad hoc, & impetratur ab ipso Imperatore spacium anni ab aliis Iudicibus nouem menses, *l. fin. C. de iure deliberandi.* Porrò iam hoc addamus, hodie suos heredes, etsi ipso iure sunt & fiunt heredes, necessarios tamen amplius non esse, sed possunt hereditatem derelinquere. Dicitur autem suus hereditatem agnoscēs sese hereditati immiscere, quo modo verè fit heres, ac dereliquens abstinere se, & sic vtitur & ipse nunc iure deliberandi; vide *in l. deniq. 3. §. scio. D. de minorib. L. ait prætor 7. §. restitutus ibid. l. etsi 14. §. plerique. D. de religios. & sumpt. funer. l. impuberib. 11. & l. necessariis 57. D. de acquir. hered. l. 1. §. praetermittere. D. si quis omissa causa testamenti, & c. l. si quis suus 8. D. de iure deliberandi.* Porrò post deliberationem tamen oportet eam hereditatem suo deinceps periculo agnoscere vel derelinquere, vt sciant & habeāt creditores, quem conuenire possint. Sed tamen nunc ne & hoc necessum sit, sed possit quis immiscere se & adire impunè & sine periculo, etiam sine vlla deliberatione responsurus saltem creditoribus pro viribus hereditatis, aliud remedium & beneficiū introduxit Princeps Iustinianus, quod proponit *in §. sed nostra, infr.* nempè Ius Inuentarii, si intra dies 90. postquam se quis institutum sciat, aut sanè, si res longius etiam absint, intra annum, antequam adeat, conficiat inuentarium, in quo sit recensio omnium bonorum, quæ defuncti mortis tempore fuere; quod fiet præsentib. tabulario & testibus, adeoque etiam conuocatis legatariis, & fideicommissariis, aliisq; creditoribus & vt subscribat ipse heres; quo casu & quartam Falcidiam retinere potest; vide *in l. fin. C. de iure delib. & ibi gloss. Nou. 1. cap. 2. ibi, fiat igitur Inuentarium.* Hoc ius & iure Saxonum obtinere quidam putant, alii contra; sed eo iure simpliciter heredem vltra vires hereditatis non teneri, quod sanè videtur ex textu *art. 6. lib. 1.* vbi vide notata, item Reinhardum *diff. 33.*

§. 4. In extraneis heredibus, &c.

Hereditas est successio & ius succedendi in vniuersum ius defuncti. *l. nihil aliud 24. D. de verb. sign.* & hinc heres *l. heres 37. D. de acquir. here.* & vt dixi, heres dicitur ab hero, i. e. domino, *infr. § pen.* Sed vt heres quis efficiatur, oportet eum hereditatis esse capacem, oportet habilem esse, vt dicunt, & talem, cum quo sit testamenti factio; vide Vlpian. *tit. 27. in Instit. cum simil. locis.* tum etiam eam hereditatem acceptare, non repudiare, vt iam traditum est. Porrò cum suis & necessariis, quatenus sui & necessarii erunt, non potest non esse testamenti factio, vt Viglius *hic*, verum cum extraneis potest omninò vel testamenti factio non esse, vel esse. Docet igitur nunc *ex l. si alienum 49. §. 2. D. de hered. instit.* vt heredes illi efficiantur, oportere cum iis testamenti factionem esse, siue oportere eos capaces esse duobus præcisè temporib. cum instituuntur, siue recipiuntur, vt valeat & consistat ipsa institutio, & cum testator moritur, vt effectū habeat, qui est in hereditate agnoscenda. Quapropter additur nunc veluti tertio loco tempus aditionis hereditatis, & ait: *Ius heredis tunc maximè inspiciendum esse, quando acquiritur hereditas*, vide amplius *in l. non oportuit 32. D. de legat. 2.* His igitur temporibus capacem heredem esse oportet & ciuem, non peregrinum. Media inter hæc tempora, id est, si quo alio medio tempore incapax fuerit siue fuisset, id sanè nihil obest.

est, vt habetis nunc in textu. Vbi deinceps etiam explicationis causa adscribit, quid sit testamenti factionem habere, & quotupliciter dicatur testamenti factio, nempè actiuè, vt aiunt, & passiuè; vide *in l. filiusfam. 16. D. de testamentis, & qui testamentum facere possunt.*

℣. Postea militibus,&c.] Postea hoc in militibus tantùm extendit,&c. Cuiacius.

℣. Licet iis,&c.] Licet iis & adire hereditatem & in tantum,&c. Cuiacius.

§. 7. Item extraneus heres,&c.

Hic notandum est, hunc titulum pertinere tàm ad successionem ab intestato, quàm ex testamento,& sic esse generalem.

DE LEGATIS.

TITVLVS XX.



POst hæc videamus de Legatis, quæ pars Iuris extra propositam quidem materiam videtur (nam loquimur de iis Iuris figuris, quibus per vniuersitatem res nobis acquiruntur) sed cùm omninò de testamẽtis, & de heredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti simus: non sine causa sequenti loco potest hæc Iuris materia tractari.

§. 2. Legatum itaque est donatio quædam defuncto relicta ab herede præstanda.

§ 3. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem, & certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus diuorum Principum solemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est.

§. 4. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum fauentes, disposuit, vt omnibus legatis vna sit natura: & quibuscunq; verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi non solùm per actiones personales, sed etiã per in rem, & per hypothecariam. Cuius constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissimè accipere possibile est.

§. 5. Sed non vsque ad eam constitutionem standum esse existimauimus. Cum enim antiquitatem inuenimus legata quidem strictè concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebãt defunctorum, pinguiorem naturam indulgẽtem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, vt nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicõmissorum, & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicõmissorum natura. Sed ne in primis legũ cunabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quandã introducamus difficultatem,

operæ pretium esse duximus interim, separatim priùs de legatis, & postea de fideicommissis tractare, vt natura vtriusq; Iuris cognita, facilè possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

§.6. Non solùm autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest; ita vt heres cogatur redimere eam & præstare, vel, si eam non potest redimere, æstimationem eius dare. Sed si talis sit res, cuius commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio eius debetur; veluti, si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico vsui destinata sunt, legauerit: nam nullius momenti tale legatum est. Quòd autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat: Forsitan enim si sciuisset alienam rem esse, non legasset, & ita diuus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum qui agit, id est, legatarium probare oportere, sciuisse alienā rem legare defunctum: non heredem probare oportere, ignorasse alienā. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

§.7. Sed & si rem obligatam creditori aliquis legauerit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, vt ita demū luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse; & ita diui Seuerus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet heres eam luere.

§.8. Si res aliena legata fuerit, & eius rei viuo testatore legatarius dominus factus fuerit: siquidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretiū consequi potest; si verò ex causa lucratiua, veluti, ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucratiuas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duob. testamentis eadem res eidem debeatur; interest, vtrùm rem, an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest: quia habet eam ex causa lucratiua, si æstimationem, agere potest.

§.9. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modò futura est, rectè legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

§.10. Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim, si ambo perueniant ad legatum; scinditur inter eos legatum, si alter deficiat, quia aut spreuerit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit: totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti, si quis dicat: Titio & Seio hominem Stichum do, lego. Disiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego; Seio hominem Stichum do, lego. Sed & si expresserit eundem hominem Stichum, æquè disiunctim legatum intelligitur.

§. 11. Si

§.11. Si cui fundus alienus legatus sit,& emerit proprietatem deducto vsufructu,& vsusfructus ad eum peruenerit,& postea ex testamento agat, rectè eum agere,& fundum petere, Iulianus ait, quia vsusfructus in petitione seruitutis locum obtinet,sed officio Iudicis continetur, vt deducto vsufructu, iubeat æstimationem præstari.

§.12. Sed si rem legatarii quis ei legauerit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, ampliùs eius fieri non potest. Et licet alienauerit eam, non debetur,nec ipsa res,nec æstimatio eius.

§.13. Si quis rem suam quasi alienam legauerit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est,quàm quod in opinione. Sed & si legatarii esse putauit, valere constat,quia exitum voluntas defuncti habere potest.

§.14. Si rem suam legauerit testator, postea que eam alienauerit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idemq; diui Seuerus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri,& ideo legatarium cum herede eius agere posse, vt prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legatæ alienauerit, pars, quæ non est alienata, omninò debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

§.15. Si quis debitori suo liberationem legauerit, legatum vtile est, & neq; ab ipso debitore, neque ab herede eius potest heres petere, neque ab alio, qui heredis loco sit, sed & potest à debitore conueniri, vt liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus iubere, ne heres petat.

§.16. Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet legauerit, inutile est legatum, si mihi plús est in legato, quàm in debito, quia nihil ampliùs per legatum habet. Quòd si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legauerit, vtile est legatum propter repræsentationem. Quòd si viuo testatore dies venerit, vel cõditio extiterit, Papinianus scripsit, vtile esse nihilominus legatum, quia semel constitit quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam peruenerit, à qua incipere non potest.

§.17. Sed si vxori maritus dotem legauerit, valet legatum, quia plenius est legatum, quàm de dote actio. Sed si quam non accepit dotem, legauerit, diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, siquidem simpliciter legauerit, inutile esse legatum, si vero certa pecunia, vel certum corpus aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

§.18. Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si seruus

alienus legatus, sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si verò heredis seruus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri ipsum Iulianus scripsit. Nec interest, sciuerit, an ignorauerit, à se legatum esse. Sed & si alii donauerit seruum, & is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamuis ignorauerit, à se eum legatum esse.

§.19. Si quis ancillas cum suis natis legauerit, etiam si ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, & si ordinarii serui cum vicariis legati fuerint. Quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si seruus fuerit cum peculio legatus: mortuo seruo vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cũ instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.

§. 20. Si grex legatus fuerit, & postea ad vnam ouem peruenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oues, quæ post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere, Iulianus ait. Est autem gregis vnum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium vnum corpus est ex cohærentibus lapidibus. Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adiecta sunt, legato dicimus cedere.

§. 21. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit viuo testatore, legatarii lucro, vel damno est. Quòd si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid seruus acquisierit, Iulianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere: quia huiusmodi legati dies ab adita hereditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ex legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium.

§.22. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso nõ debetur: quamuis si viuus manumiserit, sufficit, si non adimatur: & ita diui Seuerus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt, peculio legato, nõ videri id relictum, vt petitionẽ habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cùm rationibus redditis liber esse iussus est, & ex eo reliqua inferre.

§.23. Tam autem corporales res legari possunt, quàm incorporales; & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, vt actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit viuus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur.

§.24. Sed & tale legatum valet, Damnas esto heres meus domum illius reficere: vel, illum ære alieno liberare.

§. 25. Si

§.25. Si generaliter seruus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

§.26. Optionis legatum, id est, vbi testator ex seruis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat olim in se conditionem, & ideo nisi ipse legatarius viuus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & datum est licentia heredi legatarii optare seruum, licet viuus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra cõstitutione additum est: siue plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo; siue vnius legatarii plures heredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra beneuolentiam introducebant) fortunam esse huius optionis iudicem, & sorte hoc esse dirimendum, vt ad quem sors peruenerit, illius sententia in optione præcellat.

§.27. Legari autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est. Incertis verò personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, vt diuus Adrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiiciebat; veluti si quis ita dicat, quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur, & denique multæ aliæ huiusmodi species sunt.

§.28. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari, quia placebat nominatim seruos liberari. Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur, veluti ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam vxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

§.29. Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus. (qui natus inter suos heres testatori futurus non est) Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus auo. Sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione relicta, quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solùm in hereditatibus, sed etiam in legatis, & fideicommissis, quod euidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit.

§.30. Tu-

§. 30. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suæ posteritati cauere. Posthumus autem alienus heres institui & antè poterat, & nunc potest, nisi in vtero eius sit, quæ iure nostro vxor esse non potest.

§. 31. Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator errauerit, cùm de persona constat, nihilominus valet legatū. Idemq; in heredibus seruatur, & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

§. 32. Huic proxima est illa Iuris regula. Falsa demonstratione legatū non perimi, veluti si quis ita legauerit: Stichum seruum meum vernam do, lego. Licet enim non verna, sed emptus sit, si tamen de seruo constat, vtile est legatum. Et conuenienter, si ita demonstrauerit, Stichum seruum, quem à Seio emi, sitq; ab alio emptus, vtile est legatum, si de seruo constat.

§. 33. Longè magis legato falsa causa adiecta non nocet, veluti cùm quis ita dixerit: Titio, quia me absente negotia mea curauit, Stich. do, lego. Vel ita, Titio, quia patrocinio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. Licet enim neque negotia testatoris vnquam gesserit Titius, neq; patrocinio eius liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud Iuris est, veluti hoc modo, Titio, si negotia mea curauerit, fundum meum do, lego.

§. 34. An seruo heredis rectè legemus quæritur, & constat purè inutiliter legari, nec quicquam proficere, si viuo testatore de potestate heredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur seruo, vt requiramus, an quo tempore dies legati cedit in potestate heredis non sit. Ex diuerso, herede instituto seruo, quin domino rectè etiam sine cōditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur, cùm hereditas à legato separata sit, & possit per eum seruum alius heres effici, si prius, quàm iussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus, ipse heres efficitur, quibus casibus vtile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & iussu legatarii adierit, euanescit legatum.

§. 35. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia

inciuile

inciuile esse putauimus, scripturæ ordinem quidem sequi (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem & hoc vitium emendauimus, vt liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredis institutiones, legatum relinquere, & multò magis libertatem, cuius vsus fauorabilior est.

§. 36. Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat: Cùm heres meus mortuus fuerit, do, lego. Itē, Pridie quàm heres aut legatarius morietur. Sed simili modo hoc correximus, firmitatem huiusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne in hoc casu deterior causa legatorum; quàm fideicommissorum inueniatur.

§. 37. Pœnæ quoq; nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quò magis aliquid faciat, aut non faciat, veluti si quis ita scripserit: Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocauerit, vel ex diuerso, Si non collocauerit, dato decē aureos Seio. Aut si ita scripserit, Heres meus si seruum Stichum alienauerit, vel ex diuerso, Si non alienauerit, Titio decem aureos dato. Et in tantùm hæc regula obseruabatur, vt quàmplurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamuis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valdè obseruabantur, quinetiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat, eò ampliùs nec heredem pœnæ nomine adiici posse, Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat, Titius heres esto, si Titius filiam suam in matrimonium Seio collocauerit, Seius quoq; heres esto. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, vtrùm legati datione, an coheredis adiectione. Sed huiusmodi scrupulositas nobis non placuit, & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo, exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Huiusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

COMMENTARII.

HVc vsq; diximus de testamentis, quid sit testamentum, & quomodo fiat, quotuplex sit, quis testamentum facere possit, & inter quos siue cum quibus sit testamenti factio, quomodo & quàm variè heredes, quarum causa præcipuè in testamento instituantur, vbi & de substitutionibus; quomodo testamenta ritè facta alioquin rursus

 infir-

infirmentur, vt ex iis succedi non possit; & tandem quomodo ex eo testamento, quod ritè factum consistit, hereditas, id est, vniuersitas bonorum acquiratur, & quibus conditionibus & modis, vbi etiam de variis heredibus. Sed imprimis etiam traditum est de institutione & exheredatione & inofficioso testamento, quæ ad eas personas pertinent, quibus quasi naturæ quadam lege bona debentur. Quòd tamen intelligendum est maximè de legitima, vt vocant, cum alioqui arbitrium sit penes has personas, vt puta, parentes, de diuidenda sua hereditate etiam inæqualiter. Porrò de his, quo melius hæreant memoriæ, præsertim post longiorem intermissionem, breuiter quædam licet distinctius quantum fert meum ingenium in re sanè intricatissima repetemus. Dicam autem de testatoribus parentibus.

Illi itaque testaturi debent liberos suos heredes instituere, aut nominatim exheredare; hoc si fecerint, testamentum rectè factum est & subsistit, excepta tamen causa querelæ de inofficioso testamento, de qua paulò post; sin aliter fecerint, eosque nec instituerint, nec ita exheredauerint, id quod quædam personæ faciunt etiam prætereundo, testamentum non valet & non subsistit, sed vel iniustum est, vel rumpitur, & aliter euertitur saltem vel iure prætorio, ex quo veniet sanè res in causam intestati. Quòd si tamen quos nominatim exheredauerint indignè & immeritò eos dicantur exheredasse, licet testamentum ipso iure subsistat: tamen iure ciuili, extraordinario remedio infirmabitur & rescindetur, nempe, proposita querela de inofficioso testamento, ex quo itidem veniet res in causam intestati.

Sed hoc tamen ita, nisi habeant siue acceperint ii liberi à suis parentibus, quocunque licet titul. suam legitimam, vel ex Iustiniani præcipuè prouidentia & constitutione aliquam saltem bonorum partem, vt ideo omissa adhuc querela agendum sit ad supplementum legitimæ. Sed tamen ex eodem Iustiniano iure omnium nouissimo nemo indignè & immeritò exheredari debet, etsi aliquam bonorum partem vel etiam legitimam suam consequatur. Ideoque poterit & is nihilominus per querelam hanc infirmare testamentum. Eadem tamen constitutione hodie per hanc querelam non omninò, vt olim, sed tantùm quoad heredis institutionem infirmatur & potius euacuatur testamentum. Quod si parentes omnia iuxta eam Nouellam compositè & diligenter fecerunt, causam etiam exheredationis addiderunt ll. expressam, & quæ vera sit & probari possit, firmum omninò erit & manebit exheredationis testamentum. Atque hæc omnia hactenus dicta sunt in causa testamenti & successionis ex testamento.

Nunc etsi fortè ordine deinceps dicendum videbatur de aliis modis acquisitionis, per vniuersitatem tamen, quoniam superest modus particularis, qui ex testamento potissimùm dependebat, visum est de eo subiicere. Is autem est in legato & dicitur legatum, nempe donatio quædam testamentaria singularis & particularis. Eiusmodi verò donatio (vt de rebus abolitis primo breuiter dicam) conferebatur dupliciter, vel verbis directis & imperandi verbis, quæ etiam dicuntur ciuilia verba, vel verbis inflexis siue precatiuis & precariis, quorum ista firmiora erant; hæc saltem ex æquitate magis fauorabilia. Atque ex iis dicebatur legatum, de quo *hic*; ex his fideicommissum, de quo *tit. pen.*

Rursus legatum etiam dabatur varie, vel per vendicationem, & vendicandi modo, vel per damnationem, per modum sinendi, & per præceptionem. Sed visum est Iustiniano in verbis siue ex verbis non debere esse sub-

subtile discrimen, ideoque hæc sustulit, & legata fideicommissis exæquauit, vt vna & eadem sit vtriusque vis & effectus, licet interim melioris & facilioris doctrinæ causa agat de his separatis titulis, & differentias etiam quasdam attingat. Noluit etiam, vt ipse scribit, admodum interesse, quomodo datum sit legatum, per vendicationem, an aliter. Et de his *in* §. *2. & 3.* & vide *in leg. prima. & leg. omne verbum 2. C. communia. de legatis.*

Et his ita indicatis, sciamus, huius titul. nostri satis magni & prolixi capita præcipua, ad quæ *§. sub eo omnes*, & memoriæ & eruditionis pariter causa accommodabimus, esse hæc. I. Quid sit legatum & quotuplex? vbi differentiæ veteres, nunc possumus assignare varium modum legandi, de quo post monebo. II. Quando dies legati cedat, vt id debeatur, quod attingitur *in §. si peculium & §. an seruo*, & quomodo id acquiratur, quibusque actionibus petatur? *in §. nostra autem* & in his nunc thema erit, vt vocant, totius tituli. III. caput, quæ res legari & vtiliter legari possint, vbi traduntur contraria, quæ non possint, *§. non solum 4. cum aliquot sequentib. & iterum §. eo quoque. & §. si cui fundum cum adiunctis vsque ad §. si generaliter.* & ex hoc venit etiam inspectio, quæ sit cuiusque legati secundum hanc rei legatæ varietatem proprietas & vtilitas. *iisdem §§.* Atq; agitur hic etiã de re legata, quæ iam ante venit in dominium legatarii. *in §. si res aliena.* IV. caput, si vna & eadem res legata sit pluribus, quomodo scindatur legatum? *§. si eadem.* & ex eo etiam V. de deficientibus legatis, vtrum & quomodo accrescant? *dict. §. si eadem.* VI. caput, ad quem pertineat rei legatæ nondum datæ commodum & incommodum, interitus, item accessio & decessio? *§. si res legata cum aliquot sequentib.* Vbi etiam de legato alicuius corporis; & hic quoque agitur, quid heres in legato siue circa rem legatam præstare debeat? *vt in dict. §. si res legata.* Est etiam in hoc loco videndum specialiter de legato duarum rerum, quæ sunt coniunctæ, si altera perierit, *vt in § si quis ancillas.* VII. si sit legatum generale siue generis, cuiusnam sit electio, creditoris an debitoris? *§. si generaliter.* VIII. caput. Si sit optio legata, quomodo oporteat eam fieri? *§ optionis.* IX. de modis quibusdam ac rationibus vtiliter legandi vel non: nam & contraria traduntur, *§. incertis. cum aliquot adiunctis*, *§. an seruo. vsque ad finem.* X. de errore etiam, quis error, & quæ falsitas in legando noceat vel non? *§ si quis in nomine. cum duobus sequentibus. item in § si quis rem suam.* XI. Cui possit legari siue legatum dari? *§. legari autem*, & ex hoc siue iuxta hoc etiam admonitio. XII. quis possit legare? Porrò in tit. seq. addatur etiam XIII. caput, de legatis rursus adimendis, item transferendis. Nunc igitur ad hos locos ad textum.

Et primum de definitione, vbi etiam de nomine siue etymologia & nota nominis, quam, quotiens non est nugatoria altercatio, sed vsum aliquem habet necessarium, rectè censuerunt addendam definitioni, de quo monet Quintilianus. *Lego, legas, legare*, inter cætera verbum est rei testamentariæ, & significat testamento aliquid alicui relinquere. Olim quidem id verbum vsurpabatur generaliter, id quod indicant hæc verba legis duodecim tabul. vti quisque legasset suæ rei, ita ius esto, *infra ad leg. Falcid. item Iurisconsultus in l. verbis legis 120. D. de verb sign.*

Sed hoc loco id verbum restringitur ad testamentarias donationes rerum legatarum, & notarunt quidam legatum dici à lege. *Legatum* definit hic Imperator *donationem quandam à defuncto relictam*: pro ea dixerat ICtus *testamen. relictam*, nimirum à defuncto relinquebatur, sed testamento, non ab intestato, vel Codicillis, hodie etiam his

ab intestato. Dixit itaque rectè Imperat. *à defuncto relicta*, inquit, *donatio*, quæ est titulus merè lucratiuus. Itaque differt ab hereditate. Alia etiam de hac voce monuit D. Cuiacius, sed nolo esse subtilior. Inquit, est *donatio quædam*, quasi dicat, est donatio proprii generis, segregans ita ab aliis donationibus inter viuos & mortis causa etiam. Sunt qui ob hoc putant dici *à defuncto*, siue vt ille *testamento relicto*. Et de verbo relinquendi, vide *in l.1. §. vltim. D. de tabul. exhib.* Imò legitur hic quoque *ab herede præstanda*, quæ verba alii non habent, multi repudiant, sed D. Cuiac. agnoscit; quem vide. Et in summa, his igitur quoque verbis distinguitur legatum ab aliis donationibus, & præsertim à donationibus causa mortis. Equidem legatum hoc morte demum confirmatur, & ante mortem testantis non transit in donatarium siue legatarium. vide *in l. quod si iterum 4. D. de adimend. legat. l. à Titio 66. D. de furtis.* Et hæc de definitione.

Nunc commode etiam de II. capite, nimirum legati (sanè purè dati, nam in conditionali & eo, quod diem habet, conditio & dies aspicitur) dies cedit statim post mortem testatoris, id est, statim cum testator mortuus est, incipit legatum deberi. vide *D. titul. quando dies legati cedat, vbi in l. si dies 21.* Atqui tum tamen rectà transit legatum in legatarium, vt ipso iure acquiratur, & eius fiat. Quo pertinet *l. legatum 80. D. de legat. 2. item l. à Titio. D. de furt.* & ibid. Bart. Habet autem hoc nomine & ex hac causa aduersus heredem legatarius actionem in rem, siue rei vendicationem, qua dicat rem, puta legatam, suam esse, & suam vt petat ab herede. Habet verò & amplius ex testamento actionem, venientem ex quasi obligatione heredis, qui adiens hereditatem obligat se creditoribus. Sed & placebat esse actionem hypothecariam, quasi hypothecam in bonis defuncti habeat legatarius, vide de his *in leg. cum filius 76. §. pen. D. de legat. 2.* Porrò quod ad vsum & exercitium actionis attinet, quod ad actionem legatorum, qua videntur magis vti, scias eam sui natura ciuilem esse actionem ex quasi contractu rei persecutoriam, stricti iuris, perpetuam, & quæ competit heredibus & in heredes, quæque datur statim post aditam & acceptam hereditatem. vide *in l. heredis aditio 7. D. quando dies legati cedat.* Et proponitur ad hunc vel similem modum: *Coram vobis, ampliss. Iudices, comparet Titius actor aduersus Caium reum, proponit ac dicit, sibi in testamento patrui sui nuper in Christo defuncti donatos & legatos esse aureos 200. ex eo testamento heredem esse & existere prædictum Caium patruelem, quem aliquotiens quidem, vt rem legatam traderet & daret, admonuit, quod tamen ipse adhuc sine vlla legitima causa detrectauit. Petere se igitur, prædictum Caium iudiciali sententia condemnari, condemnatumq; cogi, vt rem legatam tradat & det, &c.* Ita igitur legatum acquiritur & petitur.

Quod autem amplius ad definitionem attinet, sciendum, commemorari alias itidem definitiones; de quo vide *in l. legatum est 116. D. de lega. 1.* & pulchrè Constant. Harmenop. *lib. 5. titul. 10.* Legatum omnis res est, quam moriens quis cui reliquerit, non ratione successionis hereditariæ, sed in significationem dilectionis, vtque qui eam recepit recordetur. Cætera nunc ordine ad textum.

§. 3. Sed olim quidem erant, &c.

Legata dabantur quadrupliciter, vt supra monui. Per vendicationem: *do, lego, capito, sumito, habeto.* Per damnationem, heres meus damnatus esto dare, dato. Per modum sinendi, heres meus sinito Titium illã rem sumere, habere, &c. Per præceptionem, heres illam rem præcipito. Vide de his Vlpian. *titul. 24.* Caium *in Inst. libr. 2. titul. 6.* Paulum *in sententiis lib. 3. tit. 6* & Theoph. *hic.* Iustinianus dicit, hæc esse sublata & emendata. Vide *in l. in legatis 21. Cod. eod. & in l. 1. C. communia de legatis.* Equidem hic illud dicere opor-

oportet, rectè dici: *Verborum prior, rerum potior est cognitio*, vt est apud Quintilianum, cum de re constat pertinacium, imò & mente peruersorum litigantium de vocibus & verbis; & hoc Paulus Apostolus etiam monuit. Sed rursus, cum verba faciant plurimùm ad intellectum rei, ingrati & imperiti hominis est, contemnere hanc doctrinam Grammaticam. Ad rem igitur præsentem quod attinet, videtur sanè, quod attinet ad mentem testatoris & ad sensum ipsum & in effectu rei interesse, quomodo datum sit legatum per vindicationem, vel per damnationem? &c. Et olim intererat in re legata in actione, in quæstione de electione, in disputatione de accretione, in perfidia inficiantis & non soluentis. Disputatur igitur & de huiusmodi §. sensu & sententia, & D. Cuiacius tradidit eas tantùm differentias hic tolli, quæ ex manifesta testatoris voluntate non inducuntur, de qua re pòst suo loco audiemus.

. ℣. Liceat legatariis, &c. Hic de effectu rei in praxi forensi de actione. Et ex hoc loco apparet ex modo siue ex figura legati, fuisse modum actionis, quasi alia actio alii rei magis conueniat, de quo vide *in dict. leg. communia. de legat.* Hodiè, vt vides, quomodocunque datum sit legatum, licet illud persequi vtrauis actione, & de hoc supra monui, vbi dixi tres esse actiones, in rem, hypothecariam, & actionem ex testamento, quæ est actio legatorum. Et de huius natura & exercitio adscripsi, nimirum ex quasi contractu heredis est ea actio in personam, & datur legatario; datur aduersus heredem; datur ad hoc, vt res legata præstetur; & datur statim, postquam ille hereditatem adiit.

§. 5. Sed non vsque ad eam, &c.

In hac donatione aliud est legatum, aliud fideicommissum, de quo supra. Sed cætera discrimina legatorũ & fideicommiss. horum singularium hodie sublata sunt, & vide de his Vlpian. *tit. 25.* Caium *Instit. 2 tit 8.* Porrò ex hoc & fideicommissa hodiè petuntur iisdem actionibus. Atqui hæc hactenus fortè pertinent ad locum diuisionis. Nunc, vt supra monui, licebit hic annotare varium legandi modum, nempe legari solet & potest generaliter siue in genere. & specialiter; purè & non purè, sed sub conditione, cum modo, cum causa, copulatiuè, disiunctiuè, cum nomine, cum demonstratione, quæ est vice nominis, de quibus audiemus.

§. 6. Non solùm autem, &c.

Sequitur locus III. de rebus. Et quod ad res attinet, quę legari possunt, & de quarum etiam proprietate vtilitateq; quæritur, scias de rebus agi corporalibus & incorporalibus, quo referuntur etiam facta; de rebus iis, quarum commercium est, vel non est, quæque sunt in rerum natura, vel non sunt; de rebus propriis ipsius testatoris, vel etiam alienis; de rebus, quę sunt heredis, quæuè sunt ipsius legatarii; de rebus testatori obligatis, vel etiam post alienatis; de liberatione legata, de legato debiti, de legato dotis, de quibus singuli sunt §§. Et in his nunc est subdiuisio capitis 3. Sed nunc, quod ad hoc caput attinet, cum quæritur, quæ res vtiliter legari vel possint, vel non possint, dicemus de tota ea re breuiter ita: valet legatum omniũ omninò rerum, si modo & est ea res, & esse possit, & in commertiis hominum sit, & talis etiam sit, quæ aliquam in se habeat vtilitatem, ne videatur elusoria donatio. Quod si id legetur, quod non est, aut esse non possit & soleat, aut quod non est in hominum commerciis, aut quod nullam præstat aut præstare possit ex sese vtilitatem; aut cum ita datum est, vt non possit constari, quid & quantum debeat dari, sed maximo & minimo ita sit inuolutum, vt vel inutile sit futurum, quod datur, vel immensum peti possit; his omnibus casibus inutile est legatum, & ludere videtur testator. Ergò, vt nunc exempla quædam addam, non valet legatum homi-

nis mortui, chimeræ, rei sacræ, muscæ, substantiæ animalis. Valet legatum, non modò si testator leget id, quod suum est, sed & si leget id, quod alienum est, quod obligatum & oppignoratum est, quod eius iam ante est, cui donatur. Valet etiam legatum eius rei, quæ iam quidem non existit, sed tamen extitura est; veluti, quicquid ex illo fundo nascetur, do, lego; vbi subest conditio, si fructus nascatur. Et de his habes in hoc §. *non solum cum sequenti. in §. ea quoque. §. sed si rem. cum sequentibus. vsque ad § si res legata. §. tam autem corporales. infra eod. item in l. cum seruus 39. §. fin. cum quibusdam sequentib. D. de legat. 1. & multis aliis in locis cum his nostris §§. concordantib.* Sed iam est huius capitis pars secunda, quæ sit, & quæ possit esse in hisce singulis legatis vtilitas? Id quod ad ipsa loca §§. & legatorum indicari poterit. Sed tamen tradenda est etiam hic quædam generalis doctrina. Itaque sic habeto: *In omnibus legatis imprimis exquirendum est diligenter, quæ possit esse testatoris voluntas.* Et cum legatum sit donatio & beneficium, quomodo tum ea testatoris voluntas subsistere & exitum habere (quod fieri etiam debet sine alterius iniuria) possit? Hoc posito, ecce nunc statim hic offert se exemplum in legato rei alienæ. Testator legauit amico suo domum alienam Titii. Res est aliena, & queritur itaque, an valeat hoc legatum, vt ab herede peti possit? Et quid omninò heredem dare oporteat; dubitatio est, quia non potest quis rem alterius inuito domino alteri donare. Sed sic colligimus, testator heredi suo imperare potest, legatarium honorare vult, potest accidere, quod alter domum suam velit vendere, & quod si vendere non velit, potest dari domus æstimatio. Testatoris igitur voluntas, de qua constat, exitum habere potest sine alterius iniuria; & sic hoc casu heres eam domum redimere & dare debet, quod si dominus redimere nolit, dabit æstimationem eius.

ỿ. Quod autem diximus, &c.) Dixit imprimis, voluntatem testatoris exquirendam esse, & id fit hic diligentius in eodem casu, de quo supra, & agitur etiam hic de errore, quod pertinet ad caput X. Cum igitur testator legat rem alienam, interest, vtrum sciat esse alienam, an nesciat? Si sciat, obtinet id, quod supra diximus; si nesciat, alia coniectura est voluntatis, nempe, *errantis non est certa voluntas.* Non igitur valet hoc legatum. Sed & hic rursus alia est hypothesis *in §. si quis rem suam. infra.* vbi dicitur: *Si quis rem suam quasi alienā legauerit, valet legatum.* Hic igitur error obstat, ibi non obstat; nimirum, iterum respiciendum est ad fontem; hic error voluntatem impedit, siue voluntati obstat; ille non. Sic enim colligimus, qui legat rem alienam putans suam, non legasset, si sciuisset alienam. Contra, qui legat suam, putans alienam, multò magis desiisset siue legasset, si sciuisset esse suam. Et sic inquit supra: *Plus valet quod est in veritate quàm quod in opinione*, id est, vt postea declarat, exitum potest habere defuncti voluntas. Porrò in casu huius nostri §. cum iam alter puta legatarius ait testatorem sciuisse rem esse alienam & ideò deberi; alter, id est, heres sciuisse eam negat, ideoque non deberi, & quæritur cui incumbat (in quo maxima vincendi species) probatio? Concludit Imperator ex communi regula, legatarium, id est, *actorem probare debere.* Ipse enim petit, ipse ait, ipse affirmat, de quo vide *in l. ei incumbit 2. & l. verius esse 21. D. de probat. item l. actor 23. C. de probationib.*

§. 7. Sed & si rem obligatam, &c.

De re obligata. Si testator legauit rem à se obligatam alteri, heres debet eam luere & ita tradere vel dare. Sed hic iterum videbitur amplius, quid testator voluerit, & distinguitur etiam, vt supra, vtrum sciuerit obligatam esse, vel non.

§. 8. Si res aliena, &c.

Proponitur in hoc §. tertius casus: Si res alie-

aliena legata sit, & eius iam ante dominus factus sit legatarius, vtrum heres adhuc teneatur, & quid dare eum oporteat? Distinguunt, vtrum eam rem nactus sit,& iam habeat legatarius ex causa lucratiua,ex qua nihil ipsi obest,an verò non sine pretio? Et decidunt, si ex causa lucratiua non habeat, nempe, quia emit, pretii æstimationem deberi ab herede, sin ex causa lucratiua eam habeat, puta ex donatione alia quauis,interimi legatum, quia non debeant duæ causæ lucratiuæ in eundem hominem & eandem rem concurrere. Sed hoc ita, si rem habet, nam & qui rem habet ex causa lucratiua,ei æstimatio non obest. Quòd si ex vno testamento nactus est semel æstimationem rei, de re adhuc agere posset, nec enim statim, qui æstimationem rei habet, rem ipsam etiam habet, in qua potest esse affectio. Vide de hoc amplius *in leg. planè, trigesima quarta. §. 2. leg. cuiusmodi 84. §. 2 l. si seruum 118. §. Stichum. D. de legat. primo. De §. sequenti diximus suprà.*

§. 10. Si eadem res duobus, &c.

De capite IV. cum adiuncto, de diuidenda nimirum & scindenda re legata, cum res vna & eadem pluribus est legata, locus subtilis & obscurus. Sed tamen rationem habentes discentium amputabimus disputationes alienas, & dicemus de re præsenti simplicissimè, cætera saltem indicantes, de quibus suo tempore aliàs. Et imprimis nunc discemus, vnam & eandem rem legari pluribus coniunctim & disiunctim. Coniunctim, cum vna oratione etiam in eadem re, nempe specie vel indiuiduo, vt vocant, coniunguntur, vt: *Titio & Seio hominem Stichum do, lego,* & hi dicuntur coniunctim re & verbis, nempe, vna oratione in eadem etiam re, alias coniunctim dicitur etiam eadem res legari, hoc modo: *Titio & Mæuio fundum istum æquis portionibus do, lego,* qui verbis tantùm dicuntur coniuncti, non re, cum ipse testator partes inter ipsos fecerit. Disiunctim legatur, cum re coniunguntur non etiam complexa verborum, quia vna & eadem res vtrique in solidum legatur, vt concursu partes faciant, vt: *Titio hominem Stichum do, lego, Seio hominem Stichum do, lego, vel etiam eundem hominem.* vide de his *in leg. triplici 142. D. de verbor. significat. item in leg. re conuenti 89 D. de legat. 3.* Iam verò cum eadem res duobus legata erit, agetur, vt dixi, de eo, si ambo ad legatum perueniant, id est, ambo legatum accipiant; & tum rursus, si ambo non perueniant, sed alter collegatariorum deficiat, quia aliquo modo parte, quam iure habere poterat, excidat, neque enim hic agitur de iis, qui sunt incapaces ab initio. vide *in leg. planè 34. §. si coniunctim D. de legat. 1. leg. si Titio 1. D. de legat. secundo* & ait tum quidem inter ipsos scindi legatum, id est, in partes diuidi æquales. vide etiam *in leg. legata 19 §. vltim. leg. si pluribus 33. D. de legat. primo.* hic verò totum ad collegatarium pertinere, siue coniunctim siue disiunctim datum sit iis id legatum vnius rei, nimirum fuit in hoc olim varium & multiplex discrimen inter legatum coniunctim vel disiunctim datum. Sed & hinc præcipuè discrimen, vtrùm legatum id per vendicationem aut per damnationem datum sit. Poterat etiam pars deficiens caduca fieri, & ad fiscum deuolui. Poterat in hereditate siue apud heredem manere. Et in istis ius nouum Iustinianus nunc ostendit. Tu vide de illis Vlpian. *in Institut. titulo vigesimo quarto.* vbi D. Cuiacius item D. D. Wesembecius *hic.* Sanè est etiam, vbi ab initio partes debentur, est vbi saltem concursu fiunt, vt ab initio magis totum videri debeatur cuique, vt sic pars deficiens pro iure accrescendi ad alterum pertineat vel iure non decrescendi. Venit etiam & accrescit cum onere aut sine onere. Et de his videbis alio loco. Iustiniano hic sufficit simpliciter scribere; *si ambo perueniãt ad legatum,* scin-

scinditur inter eos legatum; si aliter deficiat, ad vnum pertinet totum. Porrò verò est etiam vbi plures sint collegatarii variè coniuncti, vt, *Caio & Mæuio fundum illum do, lego. Titio lego fundum. Sempronio lego eundem. Lucio quoque & Seio æquis partib. eundem fundum do, lego.* Hic quatuor quadrantes factos intelligimus, ex quibus Caius & Mæuius vnum, Titius alterum, Sempronius tertium, Lucius & Seius quartum habent, si pars deficiat, quæri solet, cum etiam inter coniunctos alii aliis præferantur, siue inter plures hos legatarios, quomodo sit ius accrescendi, & quibus potissimùm accrescat? Respond. & hic sanè distinguitur inter coniunctos re & verbis, re tantùm, & verbis tantùm, & de hoc *in dict. l. re coniuncti,* quod non est huius loci.

§. 11. Si cui fundus alienus, &c.

Redit ad locum de rebus. Atque ex superioribus nascitur & hæc quæstio aliquatenus, fundum quis emit detracto vsufructu, id est, sine vsufructu; vsusfructus posteà ad eum peruenit ex causa lucratiua. Is autem fundus etiam legatus ipsi erat, constat proprietatis æstimationem saltem deberi. Sed quęritur, quomodo legatarius agere debeat, ne plus etiam videatur petiisse, cum vsumfructum, qui est pars fundi, aliunde habeat ex causa lucratiua? Dicit, rectè eum fundum petere. Nec obstabit obiectio de vsufructu, cum hoc casu vsusfructus non partis sed seruitutis instar sit. Iudicem tamen deducto vsufructu iubere æstimationem (scilicet proprietatis,) dari. Vide *in leg. non quocumq. 82. §. fundus. D. de legat. 1.*

§. 12. Sed si rem legatarii, &c.

De legato rei, quæ eius est, cui legatur. Hoc legatum inutile erit; quorsum enim legatum rei, quæ mea iam est? Nisi tamen faciamus casum, in quo eius rei vtilitas appareat. Et quid, quod res mea potest desinere esse mea, vt ita post mortem testatoris inueniatur non mea? Verùm & hic rursus obstat regula quædam Catoniana, quæ sic habet: *Legatum, quod si tempore testamenti facti testator decessisset, inutile foret; id quandocunq. decesserit, non valet.* Sed tamen rursus non pertinet ea regula ad legata conditionalia. vide *D. de regul. Catoniana, vbi in l. 1. & 4.* Efficitur igitur, si sit ibi legatum, quod tuum est, si tempore conditionis tuum non reperiatur, valere tale legatum. Sanè valet legatum rei meæ alteri obligatæ: heres enim redimere debet & ita præstare. vide *in l. si tibi 86. §. 1. D. de legat. 1. De §. sequenti supra diximus.*

§. 14. Si rem suam, &c.

De legato rei, quæ testatoris quidem est, sed quam tamen postea viuus adhuc alienauerit. Exquirenda est hic testatoris voluntas, quæ videri posset, per hoc iterũ voluisse adimere legatum, & hoc ex facti circumstantiis licet coniicere, si sponte vel necessitate alienauit, titulo lucratiuo vel oneroso. Vide *in l. rem legatam 18. D. de adim. legat. l. fideicommiss. 11. §. si rem suam. D. de legat. 3.* Sanè pars non alienata omninò debetur; in re oppignorata minus est dubii, & debet eam heres luere. *l. qui post testamentum 3. C. de legat.*

§. 15. Si quis debitori, &c.

De legato liberationis. Cùm legat testator debitori suo liberationem eius, quod debet, & eo facto potest heres postea petens repelli exceptione doli; potest & legatarius conuenire heredem, & agere vt ipsum liberet, vel per acceptilationem, vel per pactum de non petendo, pro voluntate testatoris & qualitate debiti. vide *D. de liberatione legata.* Potest & sic legare: *damno te heres, ne intra decennium id, quod mihi Caius debet, petas.* Quo casu habet legatarius exceptionem temporalem *d. tit.*

§. 16. Ex

§. 16. Ex contrario, &c.

De legato debiti; cum quis legat alicui id, quod ei debet. In hoc legato potest inesse commodum repræsentationis; sin minus, non potest valere legatum, in quo nulla est vtilitas. Ergò si quid tibi debeo sub conditione vel die legem, purè & simpliciter valebit legatum. Nam statim post mortem testatoris adita hereditate petere actione ex testamento possum, quod actione ex contractu petere nondum liceret. Sed quid si testator non ante moriatur, quàm iam etiam dies debiti cessisset, anne subsistet id legatum? Hic aliud Papiniano, aliud plerisque aliis, præsertim Paulo, visum est. Papinianus citabat regulam: *Quod semel vtiliter & rectè constitutum est, id durabit, licet superueniat casus, à quo incipere non possit*, vide *in l. verbis legatis 5. D. ad l. Falc.* Paulus contra obseruandam censet hanc regulam, quod in eum casum peruenit, à quo incipere non potest, extinguitur. Quæ in plerisque vera est, vide *in l. debitor 82. D. de legat. 2. item in l. existimo 98. & l. plurib. 140. D. de verb oblig.* Iustiniano in hac re placuit prior regula & sententia Papiniani.

§. 17. Sed si vxori, &c.

De legato dotis. Soluto matrimonio dotem reddi notum est, & ad id etiam actio est dotis, siue de dote, qua tamen maritus in id saltem condemnatur, quod commodè facere potest, de quo alio loco. vide *D. soluto matrim. quemad. dos petatur, vbi in l. soluta 2. & l. etiam 18.* Reddebatur autem dos non statim; & iure nouo saltem intra annum, cum sunt res mobiles, immobiles statim post mortem exigi possunt. Vide *in l. vnic. §. cum autem. cum sequenti. C. de rei vxor act.* Ex hoc igitur intelligi potest, an maritus vtiliter possit vxori dotem legare? Nempe in eo est commodum repræsentationis, id est, ante diem solutionis. Item plenior est hæc actio ex testamento. Et dicitur dos prælegari, quasi quod ante offeratur. Dicitur & relegari dos, quòd potius reddi quàm dari iubeatur. vide *D. de dote prælegata.* Sed quid si maritus vxori dotem leget, cum tamen nullam acceperit? Ait valere legatum & donationem in vxorem, si modo sic dixit, vt possit constare, quid & quantum dari debeat. Vide amplius *in præd. tit.*

§. 18. Si res legata, &c.

Caput VI. ad quem pertineat rei legatæ, puta speciei nondum datæ, periculum & interitus, commodū & incommodum? &c. Et hic obserua, heredem rem legatam diligenter asseruare & custodire debere, & in re legata præstare dolum & culpam, culpam intellige latam & leuem. vide *in l. non amplius 26. §. 2. & l. cum res legata 47. §. antep. & pen. D. de legat. 1. l. si ex legati 23. D. de verb. oblig.* Et sic itaque si heres dolo facit, quo minus rem legatam dare possit, si etiam culpa ipsius res legata perierit, & dari non possit, tenebitur; & vt hic scribit, si quis seruum alienum tibi legauit, heres autem dolo id egisset, vt à domino manumitteretur, vt sic dari non possit, aut etiam si moram admisit in redimendo, & sic sit ille manumissus, heres tenebitur. Extra hoc vero, id est, si nihil ab herede commissum vel omissum sit, periculum omne rei legatæ à tempore mortis testatoris ad legatarium pertinet, vt legatario pereat; & sic si nulla mora nullaue culpa heredis sit, & inueniatur tamen seruus manumissus, ad legatarium id pertinet, vide *in l. si alienum 35. D. de legat. 1 item in l. si quis 112. D. de legat. 1.*

Nunc, vt dixi, pertinet ad hoc caput etiam disputatio de accessionib. & decessionibus, præsertim legato aliquo corpore, quod crescit & decrescit, augmentū diminutionemq; recipit, de quo *in §§. quibusd. sequent.* Et hic tene illud: in legato siue in re legata, quod & quantum extabit, tum quando dies legati cedit, id legatario cedit, nimirum qualis & quanta est res legata, tum ita legatario dabi-

tur & debetur, vt si quid ei accessit vel decessit, commodum & incommodum interim accidens (sine dolo tamen vel culpa heredis, de quo hic non agimus) legatarii sit, vide *in l. deniq. 8. §. vlt. D. de peculio legato.* & postea audiemus exempla in legato grege, in legato peculii, &c.

§. 19. Si quis ancillas, &c.

Hoc quoque aggregauimus cap. VI. de legato rerum duarum, quæ sunt connexæ: hoc enim quæritur, an si ita datum sit legatum rerum, quæ sunt connexæ, & altera perierit, quæ superest adhuc, debeatur; vt si sit legatus seruus cum peculio, fundus cum instrumento, ancilla cum natis, seruus ordinarius cum suis vicariis? Sanè putant interesse, vtrum altera alterius veluti rei principalis accessio sit, an magis vtrumque per sese videatur consistere, vt hic nihil causæ sit, cur sublato altero non debeatur quod superest, ibi vero sublato id quod principale est non debeatur, quod ei cohæret tanquam accessorium, vt in his exemplis. Vide *D. de peculio legato in l 1 & 2. D. de instructo siue instrumento legato. leg. 1. l si ancilla 62. cum l. sequenti. D. de legat. 1.*

§. 20. Si grex legatus, &c.

Ecce nunc exemplum de superiori. Gregem ouium tibi legaui, qui continebat oues 10. post mortem antequam fortè dies legati cederet, creuit grex forte ex ipso fœtu, aut etiam casu quodam mortalitatis decreuit, quod extat, cum dies legati cedit, debebitur, si 40. si 10. si 5. ea debentur, nimirum legato grege corpus legatum est, quod qualecunque extabit tum, quando dies legati cedit, ita debetur & legatario cedit, vide *in l. grege cum l. sequenti D. de legat. 1.* Sic quoque dic de legato ædium, de quo infra, item de legato peculii, de quo in §. sequenti.

§. 21. Si peculium legatum, &c.

Legaui tibi peculium serui mei, quicquid huic peculio me adhuc viuo accedit & decedit, id tuum erit; & quod extabit cum moriar, (nam tunc statim cedit huius legati dies) id tibi debetur, quod post mortem accedit, id tuum, id est, legatarii, non est, sed heredis, nisi tamen hæc auctio sit ex ipsis rebus peculiaribus, id est, ex ipsa & non extrinsecus. Si tamen ipsi seruo manumisso peculium legatum sit, cedit dies legati ab adita hereditate, vt interea ipsi crescat. Quæ amplius de peculio seruorum proponit, cum harum rerum non sit magna vtilitas, repetas ex ipsis Auctoribus. *D. de peculio legato. & Codic. de peculio eius, qui libertatem meruit.*

§. 20. Tam autem corporales, &c.

Concludit locum de rebus, quæ legari possunt vel non, ostendens generaliter & res corporales & incorporales facto etiam legari posse, vt habes in exemplis. Sed de his satis. Vide *in l. cætera 41. l. si sit legatum 75. §. 2. leg. legatum 105. D. de legat. 1. leg. mortuo boue 49. in fine D. de legat. 2. & l. fideicommisso 11. §. si rem. D. de legat. 3.*

§. 25. Si generaliter, &c.

Caput VII. de electione in legato generis, veluti cum quis in genere legat seruum, hominem, fundum, domum, &c. Sed & idem quæritur in legato alternatiuo, cum per disiunctionem quis legat illud aut illud, Stichum aut Pamphilum, fundum aut eius vsumfructum, & scribit hic Iustinianus electionē dari legatario, nempe, quid & quem ipse magis velit, & vide *in l. qui duos 20 l. si domus 71. l si seruus 108. §. cum homo, item in leg. planè 34. §. pen. D. de legat. primo l. quotiens 2. D. de optione legata. l. si is cui 19. l. Lutio Titio 23 D. de legat. 2.* & tamen aliàs in contractibus, nisi aliud actum sit, communiter electio est debitoris & rei, vide *in l. cum is 32. §. fin. D. de condit. indebiti. & infra de act. §. vbi*

autem

autem. Sed & totidem vel plures etiam extant leges, quæ dant electionem heredi, & non legatario. Vide *in leg. si quis à filio trigesima secunda. §. 2. l. legato trigesima septima. §. 2 D. de legat. primo. l. si ita relictum 43. § vltim. D. de legat secundo. l. cum certum 4. D. de tritico, vino & oleo legato.* Verùm addit etiam hic Iustinianus noster exceptionem, *nisi aliud testator dixerit.* Quod si accipiamus expresse, nempe si expresserit, heredem debere eligere, res nihil habet dubitationis. Quis enim dubitabit seruandam esse testatoris voluntatem? Sed ita nondum satis fit legibus adductis. Sin accipiamus, expresse vel tacite vi verborum, obiici nobis poterit, à Iustiniano illam legatorum differentiam per vendicationem, damnationem, &c. vt supra, sublatam esse.

Adferunt autem communiter Doctores post gloss. alias varias solutiones, distinguentes maximè vtrum testator eius generis species habeat, an non? Quæ tamen distinctio in textibus non est, imo confunditur. Vlpian. *in Institutionib* expresse docet, distinguendum esse, vtrum per vendicationem an per damnationem legatum sit, vt in vendicationis legato electio sit legatarii, in damnationis verò heredis. Et reperiuntur adhuc in Pandectis & legibus nostris huius distinctionis vestigia, *dictis legibus vt supra.* Dominus Cuiacius *ad Vlpianum*, quem sequitur etiam Balduinus, item Hottomannus, ait, non esse in hac re sublatam differentiam legatorum, per vendicationem & damnationem, cum hac ex testatoris voluntate inducuntur. Et pulchrè admodum D. Wesembecius hic id interpretatur, nisi testator, aliud dixerit, nempe modo etiam legandi, vt in damnatione siue per damnationem. Ergò dicemus tandem in legato vendicationis & in dubiis electionem dari legatario; in legato per damnationem heredi. Porrò quomodo etiam facienda sit electio, videbis *in leg. legato 37. D. de legat. primo.*

§. 26. Optionis legatum, &c.

VIII. Caput, de optione legata, nempe, cum testator disertè & expresse legat optionem: *Ex seruis meis, quem volueris, optato.* De hac docet, eam hodiè fieri posse & ab ipso legatario, & ab eius heredibus; & inter plures etiam, qui dissentiunt inter se in eligendo, sortem tandem fieri iudicem, vt quem sors attigerit, eius sententia prævaleat. De quo *in l. fin. C. communia, de legat. & vid. D. tit. de optione legata.*

§ 27. Legari autem.

Sequitur aliud caput hoc ordine explicationis IX. licet supra in numerando paulò aliter sunt capita adducta; quibus vtiliter & rectè legari possit? Ait autem primũ *generaliter illis solum legari posse, qui & heredes institui possunt.* Ita enim hic accipitur testamenti factio, vide *in l. si seruo 101. §. 2. D. de legat. 1. item D. tit. de his, quæ pro non script. habentur. & ibi in l pen.* Nunc addatur breuiter thesis de cap. X. nempe, is legare solet & potest, qui & testamentum facere potest. *l. sciendum est 2. D. de legat. 1* Porrò post eam regulam tradit nunc etiam de aliis & de contrariis, quibus legari non possit, vbi præcipuè agit de personis incertis, item de posthumo alieno, quæ tamen etiam transmutata sunt. Ad has igitur disputationes quod attinet, præter id, quod dixi de iis, qui testamenti factionem habent, illud quoque fuit receptum, vt legaretur cum certo consilio ob bonam affectionem & benè merita, vide Vlpian. *in Institut. tit. 22* Ergò incertis personis, in quas nulla potest cadere affectio. legatum relinqui non potuit, sed nec posthumo alieno, & hæc Iustinianus hic latius explicat. Sed sanè obscurior fuit ea tota res, vt videbis in ipso textu. Et scribit Iustinianus etiam id, quod incertæ personæ erat relictũ, si per errorẽ solutum esset, repeti tamen non potuisse, q. agnouerit is naturale debitũ. Sed

& idem Iustinian. scribit, illud ipsum de incertis personis, vt & de posthumis, à se emendatum esse, vt sic nunc incertis personis & posthumo alieno (nisi tamen is ex illicito coitu sit natus) legatum relinqui possit, quod tamen necessum est ita accipere, si aliqua certitudo colligi possit. Nam si nihil certi colligi potest, quid ni euanesceret legatum? Equidē pauperibus, etsi eæ incertę sint personæ, legari consueuit, vide *in l. id quod 24. l. nulli 38. l. si quis 37. C. de episc. & cler.* Illud nota, tutorem cum iudicio, & nequaquam incertum, dari debere, vide *in l. 20. D. de test. tutela.* Quod scribit de posthumo alieno, ipse explicat, docens posthumum alienum intelligi, qui non nascitur suus, vt ex emancipato filio natus, sed de hoc vide latius Cuiac. *hic.*

§. 31. Si quidem in nomine, &c.

Caput XI. de errore & falsitate in nomine, & demonstratione ipsius legatarii, rei legatæ etiam in modo, in causa legati, &c. Vbi imprimis notandum est, quod & supra monui, legatum dari variè, & purè, & cum conditione, cum modo, cum causa. Purè datur, cum sine die, sine conditione datur. Conditio modus est legati, cum suspenditur negotium ad aliquem futurum euentum, & exprimitur per *si*, quæ & Grammaticis dicitur particula suspensiua vel continuatiua. Causa exprimitur per *quia*, quæ est causalis. Modus per *vt*, & sic interest, vtrum dictum sit, si negotia mea curaueris, do, lego; quia curasti, do, lego; vt cures, do, lego. Sed de hoc nunc videbimus in quæstione hac & loco de errore. Quando in dando legato oportet constare, quid sit legatum, & cui, qua in re, vtimur nomine rei & personę, quod continet prænomen, agnomen & cognomen, de quo videte Grāmatic. item, demonstratione ac veluti descriptione quadam. Quæri hic solet, si sit erratum in nomine, in demonstratione, an ob id vitietur legatum, vt sit inutile? Et rursus, vt dixi, datur legatum cum conditione, datur cum causa, cum modo, & quæritur, cum horum quid falsum deprehenditur, an debeatur legatum, veluti, quia negotia mea curasti, do, lego. Quid si non curauit? Primùm quoad nomen & demonstrationem docent Iurisconsulti, vt & Imperator hic, nomina significandarum rerum & hominum gratia reperta esse, qui quæuè si alio quouis modo intelligantur nihil interest. vide *leg. si in fundi 4. D. de legat. 1. l. Labeo 7. D. de supellectil. legata.* Itaque cum constabit de re, de persona legatarii, de re itidem legata, & cum mens & voluntas testatoris intelligitur, frustrà disputabitur de errore in nomine hoc, in demonstratione, & sic debetur legatum, non obstante tali errore. In re tamen dubia probatio incumbit legatario, vide *in l. in nomine 4. Codic. de testamentis. l. si quis 4. D. de leg. primo. l. demonstratio 17. D. de condit. & demonstrat.* Deinceps quoad conditionem, causam, &c. cum datum est legatum cum causa per particulam *quia*, pertinet hoc, vt scripsit D. D. Wesembec. non propriè ad causam finalem, sed potius impulsiuam, & scribit hic Imperator, neque hunc errorem obesse legato, &c. & Iurisconsultus scribit: *ratio legati legato non cohæret*, quasi dicat, ferè nihil facit ratio illa ad legatum, nam & sine vlla causa gratuitò & liberaliter legari solet ac potest, vide *D. de condition. & demonstrat. vbi in l. demonstratio 17. & l. cum tale 72.* Sed tamen hoc nota, ita legatum hoc deberi, si non probari possit extra hanc causam testatorem legaturum non fuisse, quæ probatio incumbet heredi. *dict. leg. cum tale. §. falsum.* Quod si per particulam *Si*, & conditionaliter expressa sit causa, vt: *si negotia mea curasti*, ad causam finalem id pertinet, vbi valet regula: *Cessante causa cessat effectus.* & hoc verum, siue dixerit de præterito, *si curasti*; siue in vera conditione de futuro, *si curaueris.* Sed & si dixerit, *vt cures, do, lego*, ad causam hanc finalem id quoque referunt, vt obsit falsitas rei, & oporteat voluntati testatoris satisfieri, vide de his *in dict. leg. 17.* item

item in l. si ita 12. D. de condit. & demonstrat. Interim tamen etiam inter hæc: *si curasti, & si curaueris*; hoc interest, quod alterum sit de futuro, & vera conditio; alterum de præterito. Itaque non suspendatur negotium. Sed & inter hæc, *si curaueris, & vt cures*, hoc interest, quod in modo obligatio non differtur, neque impeditur dies cedere, imò & statim venire dies potest, si cautio de faciendo & de modo implendo offeratur, de quo *in leg. quibus dieb. 40. §. vltim. D. de condition. & demonstrat.* In conditione verò vera, antequā conditio existat, neque cessit neque venit dies. *dict. leg. legata.* Illud autem receptum quoque est, vt possit hic legatarius petere, vt sibi caueatur ab herede de legato tum præstando, cum dies aut conditio venerit, &c, vt dolus malus interim absit. *D. vt nomine legatorum caueatur. & ibi in leg. prima.* Hoc etiam nota, si conditio sit negatiua, quæ in non faciendo consistit, veluti, *si hoc non feceris*, statim deberi & peti posse legatum, si caueat legatarius, se non facturum, aut si contra fecerit, se legatum restituturum, quæ dicitur cautio Mutiana à Mutio. vide *in l. Mutiana 7. D. de condit. & demonst.*

§. 34. An seruo heredis, &c.

Quærebatur, an seruo ipsius heredis legatum vtiliter & rectè dari possit, itemque an heredis domino? Causa dubitandi est ista, quod non possit vnus idemque heres esse & legatarius, vt sic sit actor & reus, & idem petat à se ipso, sitque certa iurium confusio, quod quando certius contingat in casu priori, efficitur facilè vt ibi legatum non subsistat, nisi tunc saltem, cum legatum erit sub conditione, vt videamus quando dies legati cessit, an sit adhuc vna eademque persona, an vero post manumissionem alia ab herede? In secundo casu non æqua certitudine id contingit, sed magis ab incerto euentu ea res pendet, vt ideo faciliùs valeat id legatum, quod dominus accipiat, accipiente alio hereditatem seruo ipsius datam. Sed his subtilitatibus non amplius immoror, vide etiam *in l. Iulianus 86. D. de condit. & demonstrat.*

§. 35. Ante heredis institutionem, &c.

Est & aliud caput, de modis quibusdam vtiliter legandi, vel non, quo & pleraque alia referuntur, & nunc potissimum ea, quæ subiiciuntur, & in his omnibus iura etiam emendata sunt, vt videbis. Olim ante heredis institutionem, & sic in prioribus testamenti partibus, antequam heres institutus esset, & ita caput & fundamentum totius testamenti peractum esset, inutiliter dabantur legata. Item, sic nemo vtiliter legabat, post mortem heredis mei *tibi do, lego.* Item, post mortem tuam tibi do, lego, nempe vt heredes debeant & accipiant. Item, nec sic pridie quàm morietur, quàm morieris, cum tamen sic rectè legaretur, cum morieris, cum morietur. Item, nec pœnæ nomine rectè legabatur. Et hæc omnia Iustinianus pro fauore vltimarum voluntatum emendat, vt potius spectemus testatoris voluntatem, quàm subtilia verba. Ergò in testamento ordo scriptionis hodiè non spectatur, sed quomodocunque scripserit, priori vel posteriori loco valēt legata, vt hic habes in textu, & vide de iure antiquo apud Vlpian. *in Instit. tit. 24.* Paul. *in sententiis libro tertio. tit. sexto.* & nota etiam regulas hic citatas, & de iure nouo *leg. ambiguitates 24. Codic. de testamentis.*

§. 36. Post mortem, &c.

De hoc quoque vide Vlpianum & Paulum locis supra citatis. Legata sic dabantur inutiliter, quòd non videretur, obligationem, &c. in herede & ab herede inchoari debe-

debere, quod hic necessum erat, cum morietur, legatum valuit, quod in hoc tempus vitæ contineretur, de quo & veteres, vide Agellium *lib 6. cap. 16.* Iustiniano placuit, & in hoc testatoris voluntatem seruari, & vt ab heredibus incipere possit obligatio & actio. *leg. vnica* Codic. *vt ab hered. & contra heredes, &c.*

§. 37. Pœnæ quoque nomine, &c.

Sub conditione legare licuit, vt supra, pœnæ nomine legatum adimere, aut etiam legatum dare non licuit, & eadem erant in hereditate, vt ex textu cognoscetur, & vide Theophilum. Ergò sic legare licuit: *Titio, si hoc fecerit, do, lego centum.* Sic non licuit: *Titius heres esto, & volo vt hoc faciat, quod si non fecerit, dabit Caio centum.* Vel *Caio do, lego 100 & volo, vt hoc faciat, quod si non fecerit, non do.* Iustiniano hæc scrupulositas, vt ipse loquitur, non placuit, & permittit, vt hæc quoque legata valeant; & vt liceat pœnæ nomine legare, legata adimere, transferre, &c. Sed excipe tamen, nisi adscriptum sit impossibile quid, & ll. interdictum & probrosum, puta, *do, lego tibi 100. & volo siue iubeo, vt filios tuos testamento tuo prætereas, quod si non feceris, non do, vel Caio illa dabis.* Hæc legata non subsistunt. Obiiciunt hic §. *Impossibilis. supra de heredib. instituend.* sed eum §. huic doctrinæ nihil obstare, imò cum ea doctrina consentaneum esse, docet D. Viglius *in eodem tit de hered. instituend.* Et, vt arbitror, Theophilus *hic*, & Hopperus putant etiam hic, abiecto impossibili, consistere quod factum & quod datum, etsi alii videantur aliter sentire. Vide ad hunc locum *D. & Codic titul de his quæ pœnæ nomine relinquuntur.*

DE ADEMPTIONE LEGATORVM, ET TRANSLATIONE.

TITVLVS XXI.



ADEMPTIO legatorum (siue eodem testamento adimantur, siue codicillis) firma est; sed & siue contrariis verbis fiat ademptio, veluti si quis ita quid legauerit, do, lego, ita adimatur, Non do, non lego, siue non contrariis, sed aliis quibuscunque verbis.

§. 2. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit, Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do, lego, siue in eodem testamento, siue in codicillis hoc fecerit; quo casu simul & Titio adimi videtur, & Seio dari.

COM-

COMMENTARII.

IN hoc Titul. de legatis, vt dixi, caput vltimum est, quando & quomodo legata semel data iterum adimantur & transferantur? Vbi imprimis nota translationem, necessariò in se habere ademptionem, sed non econtra, vt si testator dicat: *Caio quod dederam, id Maeuio dari volo:* Caio legatum prius datum adimit, sed non tamen, si sic dicat, *Caio quod dederam non do, siue dari nolo*, hic etiam transtulit. Igitur apud heredem manebit. Est tamen translatio quædam, ex qua non est ademptio, sed de hac hoc loco nihil scribit. Vide *in l. translatio 6. D. eod. de adim. vel transf. leg.* Nunc verò de hac materia illud saltem admonere necessum est, ademptionem hanc ex eo fundamento consistere, quod sit hæc hominis voluntas ambulatoria vsque ad supremum vitæ spiritum, & in legatis quoque nouissimæ scripturæ valeant. *l. quod si iterum. D. eod.* Fieri verò hanc ademptionem & translationem variè, nempe purè, sub conditione, & nunc etiam nomine pœnæ, vt supra. Item, fieri eam & in eodem testamento & in diuersis, etiam in Codicillis. Et rursus, quod ad modum attinet, fieri eam manifestè & disertè, siue expressè contrariis vel contradicentibus verbis, vel æquipollentibus, tacite etiam re ipsa, de quo & supra proponebatur tit. præcedenti; quod maximè fit subortis postea capitalibus inimicitiis. Quanquam in his nonnunquam solet esse quæstio voluntatis, de quibus omnibus vide *D. eod. l. si quis ita §. fin. d. l. 4. d. l. 6 cum seq. l nihil interest 16. cum duab. sequent. leg. ex parte 22. item supra titul. praeced. §. si rem suam.*

℣. Sed & siue contrariis, &c.) Rectius legitur: *Sed est*; vt, *est*, ponatur pro valere, quasi adẽptio facta contrariis verbis valeat, vt hic notat D. D. Wesembecius.

§. 2. Transferri quoque, &c.

Hic nunc de translatione legatorum in eodem testamento vel posteriori agit, in qua ademptio inest, quod ex verbis, *adimi videtur*, colligi potest. Paulus autem *in l translatio 6. de adimend. legatis.* quatuor potissimum modos, quibus legata transferuntur, refert.

DE LEGE FALCIDIA.

TITVLVS XXII.

SVPEREST, vt de lege Falcidia dispiciamus, qua modus nouissimè legatis impositus est. Cùm enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, vt liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe cùm ea lege ita cautum esset, vti quisque legasset, suæ rei, ita ius esto) visum est hanc legandi licentiam coarctare, idque ipsorum testatorum gratia prouisum est, ob id, quòd plerunq; intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cùm super hoc tam lex Furia, quàm lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur; nouissimè lata est lex Falcidia, qua cauetur, ne plus legare liceat

ceat

ceat quàm dodrantem totorum bonorum, id est, vt siue vnus heres institutus sit, siue plures, apud eum eosuè pars quarta remaneat.

§. 2. Et cùm quæsitum esset, duobus heredibus institutis (veluti Titio & Seio) si Titii pars, aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, à Seio verò aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem eius duntaxat in partem diminuant, an (quia is quartam partem totius hereditatis, aut amplius habet) Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, vt quartam partem suæ partis saluam habeat? Placuit posse retinere; etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

§. 3. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque (verbi gratia) si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legauerit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per seruos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati, vt centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit, sed necesse est, vt nihilominus quarta pars legatis detrahatur.

§. 4. Ex diuerso si septuaginta quinque legauerit, & ante aditam hereditatem in tantum decreuerint bona (incendiis fortè, aut naufragiis, aut morte seruorum) vt non ampliùs quàm septuagintaquinque aureorum substantia, vel etiam minùs relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem; quæ res efficit vt sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.

§. 5. Cùm autem ratio legis Falcidiæ ponitur, antè deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia seruorum manumissorum, tunc demum in reliquo ita ratio habetur, vt ex eo quarta pars apud heredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione eius, quod cuique eorum legatum fuerit.

§. 6. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quòd si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octaua debet detrahi. Quòd si quingentos legauerit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

COM-

COMMENTARII.

ET hic tractatus ad materiam legatorum referri poterit, & continebit caput postremum, quantum licet testatori legare, siue legatis absumere. Imprimis qui personas necessarias habet, nempe quibus competit querela de inofficioso testamento; ille quandocunque testetur, legitimam his relinquere debet, aliàs erunt inofficiosæ donationes. Atqui præter hoc alios instituentes heredes solent nõnunquam vel totam hereditatem, vel maximam partem legatis irrogare Et ita tandem testamenta etiam deserebantur, cùm heres nollet talem hereditatem pro minimo aut nullo lucro adire. Huic igitur malo & infortunio legibus satis obuiam itum est, & tandem per Publium Falcidium Tribunum plebis cautum, ne testator legatis suis vltra dodrantem bonorum suorum posset absumere, sed vtut distribueret, quadrans, id est, quarta pars bonorum semper esset penes heredem. Effectus autem esset, vt non modo, si plus dodrante legatum est, posset heres ex legatis detrahere & retinere: sed etiam, vt si quid amplius sine voluntate heredis ad legatarios peruenisset, aut si ipse amplius dedisset aut integra legata soluisset, posset id ab iis repetere & vendicare (scilicet per actionem in rem) nimirum vt habeat quartam. Quartam enim hanc, si vult, semper habere debet. *D. ad L. Falcidiam. & ibi in l lineam. vid. & C. tit quorum legatorum.*

Quod dictum est de quarta Falcidia, quod heres nempe eam retinere possit saluam, hoc de singulis heredibus intelligendum, vt singuli heredes habeant suę partis, in qua instituuntur, quartam, vide *in l. in singulis 77. D. eodem.*

Quantitas autem bonorum heredis, ex qua Falcidia detrahi possit, consideranda est tempore mortis testatoris. *l. quantitate. D. eodem.*

Et hæc dicitur quarta legis Falcidiæ; dicitur etiam quarta hereditaria. Vbi iam amplius existunt aliquot nobiles quæstiones. Primò, an testator Falcidiam prohibere possit? 2. An quarta Falcidia hodiè aucta sit? 3. An concurrere etiam possint legitima & Falcidia, vt quasi duæ Falcidiæ detrahantur? Item, quando amplius Falcidia vti non liceat, & vbi omnino liceat? Et denique, quid possit imputari in Falcidiam? Extant & singulares casus in textu. Primùm, an testator Falcidiã prohibere possit? Videtur expedita responsio esse, si potest pro suo arbitrio prohibere. Cur non est relicta vetus libertas legandi? Sed tamen ab hoc rigore Iustinianus paulatim recessit, & tandem aperte permisit contra hanc l. Falcidiã testatorem posse statuere. *Nou. 1. cap. 2. §. hac autem Titius.* Atqui ita sanè videtur recidere in ius vetus. At Iustinianus aliter testamentis prospexit & consuluit, nempe, vt tunc ea hereditas ad substitutos coheredes legatarios, vel eos, qui ab intestato veniunt, deferri possit, qui voluntatem exequantur. Vbique enim Iustinianus defunctorum voluntates sustentare vult, *vt in d. Nouel. 1.* Secundò, an quarta hęc aucta sit, vt liberorum legitima? Difficilior est quæstio. Veteres Græci affirmant esse auctam & mutatam in trientem, vt ostendit Cuiacius *ad tit. de inoffic. test.* qui & ipse hoc probat. Et alia quædam verba in Nouel. Gręcis *d. Nouel. 1.* leguntur. Verum Latini Interpretes magno consensu negant auctam, de quo pluribus Viglius *ad tit. quib. mod. test. infir.* Et Seringeri versio τὸ τέταρτον habet, non τὸ τρίτον, vt legit Holoander. Et hoc iure, vt puto, magis vtimur. Cæterũ si tamen in filiis concurrat cum legitima portione Falcidia, hoc casu auctam dicere licet, & ita censet prædictus Viglius. Sed iam tertiò videamus, quando concurrat cum legitima? Finge, testator in bonis habuit 3000. instituit heredem proprium filium, legatis & donationibus insumpsit circa 2500. quæstio est an filius possit primum detrahere vsq; ad

1000. aureos, vt habeat tertiam legitimam, id est, 1000. & deindo adhuc quartam Falcidiam, puta 500. quæ ex duobus millibus supersunt? Et quid opus est in Auctorum citatione diffundi? Constat ex ipsis fundamentis, legem Falcidiam alio fine fuisse introductam, nec hanc fuisse mentem Legislatoris, vt heres is duas quasi Falcidias deduceret & haberet. Sed tamen aduersus rationem iuris ciuilis fortè inscitia quadam iure Pontificio introductum est, vt liceat ita deducere bis, vide *cap. Riminaldus. & cap. Rainutius extr. de testamentis, & gloss. longam in dict. cap. Rainutius.* Item vide Baronem *hic* & Balduinum. Sanè nos tamen eo iure, ne duas Falcidias detrahat, magis videmur vti, & ita allegat D. Ioachimus Mynsingerus.

Nunc videamus amplius, Falcidia vbi locum habere nō possit? Et nos quidem præcipua annotabimus, cætera vide *in ord. glossis.* Ergò Falcidia tunc locum non habet, quando heres Inuentarium non fecit: tunc enim integra legata dabit. Huius rei alibi etiam meminimus, & vide *Nou. 1. c. 2.* Legata quoq; ad pias causas integrè soluenda sunt, id est, sine Falcidia. *Nou. 121. c. 9.* Si heres promisit testatori se integra legata persoluturum, non poterit deinceps vti Falcidia. *l. fin. C. eod. tit.* Rursus, si testator alicui quid legans vetet id alienari, quia velit omnino apud successores legatarii manere, inde aliquid detrahere heres non poterit, quasi id testator prohibuerit. Ita vides quasi tacitè à testatore prohiberi Falcidiam. Hic & illud addatur, si heres scienter vel etiam errore iuris soluit integra legata, frustrà eum postea ad hoc legis beneficium recurrere. Hic igitur error iuris nocet, id est, non prodest. *leg. 1. & l. 3. C. eod. l. cum quis. & l. error. C. de iuris & facti ign.* Et regula dicit: *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consultò dati donatio. l. cuius per errorem. D. de regulis iuris.* Cætera deinceps vide *in gloss.* nempe, quomodo in militis testamento non habeat locum Falcidia. Item, si instrumenta dotis legata sint; si dos vxori prælegata; si libertas legata; quod de crimine dicit gloss. vide *l. 3. C. nostro tit.* Vbi, cum recidit hereditas in fiscum, is Falcidiam retinet. Atque his ita positis iam econtra & hoc teneas, Falcidiam legem non tantùm ad legata pertinere, sed ad alias etiam donationes testamentarias, veluti donationes causa mortis, fideicommissa, &c. de quo *infr. tit. seq.* & vide *l. 2. l. 5 & l 12. & l. pen. C. eodem.* Ad extremum, quid huiusmodi quartæ, quæ Falcidiæ legis vi retinetur, imputari possit, vel non (finge non imputatur) de his dico, vide *leg. cum quo. §. fin leg. quod autem. cum aliquot sequent. & l. in quartam. D. eodem titulo.*

§. 2. Et cum quæsitum, &c.

Legem Falcidiam exposui. Deinceps sequitur eius explicatio & sententia propositis aliquot casibus. Principio dubitari poterat, sitne hæc sententia legis Falcidiæ, vt sufficiat penes heredem esse quartam bonorum? Et docet ex *leg 73. D. eodem.* ita quidem esse. Sed si sint plures heredes, ita intelligendam legem, vt quilibet heredum habeat suæ partis quartam. Alioquin etsi vnus heredum quartam habeat aut etiam plus, aliis nimium grauatis, nihilominus detur Falcidia. Casus satis planus est in textu.

§. 3. Quantitas autem patrimonii, &c.

Quæritur, quando testator diem suum obiit, heres quartam partem bonorum habet, verùm cum tamen hereditatem accipit adeundo, quartam habere non potest, quia bona imminuta sunt, an Falcidia vti possit? Quæritur & econtra, si ante quartam ex testamento non habet, post habere possit, quia bona interea aucta sunt, an adhuc Falcidia vti possit? Ad hoc respondetur breuiter *ex l 73. D. eod.* esse aspicienda bona tempo-

tempore mortis testatoris, post commoda & incommoda ad heredem pertinere. Et sic si tempore mortis quartam bonorum ex testamento habet postea, vtut accidat Falcidia, non vtetur. Si tempore mortis non habet, post tamen habere possit, Falcidia non vtetur.

℣. Nec ea res damnosa est, &c.] Præoccupatio est. Si, inquit, bonis diminutus heres Falcidiam non potest detrahere, immerito sentiet damnum. Resp. Non sentiet damnum, quia potest omittere eam hereditatem, quæ res facit, vt legatarii cum eo libenter pacisci velint, eique aliquid dare, vt adeat hereditatem.

§. 5. Cum autem ratio, &c.

Iam quæritur & hoc, quando lex dicit, heredem quartam bonorum habere debere, & vsque ad eam deducere posse, qualiter patrimonium, ex quo sibi quartam hanc sumere potest, æstimandum sit? Et de hoc docet *l. 73. §. vltim. D. eod. & l. 6. Codic. eodem.* ante deducendum esse omne æs alienum, funeris impensas, &c. & quod post superest, patrimonium intelligi, ex quo heredi debeat salua esse quarta. Ergò cum, qui in bonis vniuersis habet mille, & ducenta debet, & debet 600. seruis quibusdam, qui æstimari possunt aureis 100. libertatem dedit, habuitque post mortem 100. ad impensas funeris. Si, dico, is deprehenditur legatis irrogasse aureos 350 deducet heres 50. nam totum patrimonium aureorum 400. est.

℣. Tres vero partes, &c.] Hic alia pulchra thesis attingitur, nempe, imprimis cùm Falcidia vtendum est, si plures sint legatarii, à singulis detrahenda, non vnus tantum prægrauandus. Deinde, cùm vero à pluribus detrahitur, seruanda est in detrahendo non æqualitas, vt vocant, Arithmetica; sed detrahendum potius pro rata portionis, nempe si à 100. detrahis 24. à 50. detrahes 12. à 25. 6. Sed de his *in dicta leg. 73. §. vltim.*

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBVS, [ET AD Senatusconsultum Trebellianum.]

TITVLVS XXIII.



NVNC transeamus ad fideicommissa; sed prius est, vt de hereditatibus fideicommissariis videamus. Sciendum itaq; est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo inuitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant, [hereditatem.] Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed

tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea diuus Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur, & populare erat, paulatim conuersum est in assiduam iurisdictionem, tantusque eorum fauor factus est, vt paulatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

§. 2. Imprimis igitur sciendum est, opus esse, vt aliquis recto iure testamento heres instituatur, eiusque fidei committatur, vt eam hereditatem alii restituat; alioqui inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cùm igitur aliquis scripserit: Lucius Titius heres esto, potest adiicere, Rogo te Luci Titi, vt cùm primùm poteris hereditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, restituas. Potest autem quisque & de parte restituenda heredem rogare, & liberum est, vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

§. 3. Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet, is verò, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo & Anneo Seneca Consulibus, Senatusconsultum factum est, quo cautum est, vt si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ iure ciuili heredi, & in heredem competerent, ei, & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod Senatusconsultum Prætor vtiles actiones ei, & in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi, & in heredem dare cœpit.

§. 4. Sed quia heredes scripti, quùm aut totam hereditatem, aut penè totam plerunque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani augusti temporibus, Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.

§. 5. Post quod Senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat, ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, eius legatarii, cui pars bonorum legabatur, quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Vnde quæ solebant stipulationes inter heredem & partiarium legatarium

rium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, & heredem, id est, vt lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

§. 6. Ergo si quidem non plus quàm dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hereditas, & in vtrumque actiones hereditariæ pro parte rata dabantur. In heredem quidem Iure ciuili, in eum verò, qui recipiebat hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem. At si plus quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano Senatusconsulto, & heres, qui semel adierat hereditatem (si modò sua voluntate adierat) siue retinuerat quartam partem, siue retinere noluerat, ipse vniuersa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem: si verò totam hereditatem restitueret, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus heres adire hereditatem, ob id, quòd diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cauebatur Pegasiano Senatusconsulto, vt desiderãte eo, cui restituere rogatus esset, iussu Prætoris adiret, & restitueret hereditatem, perindeq; ei & in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac iuris est ex Trebelliano Senatusconsulto; quo casu nullis stipulationibus est opus, quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hereditariæ ei, & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, vtroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

§. 7. Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat, & nobis in legibus magis simplicitas, quàm difficultas placet; ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quàm differentiis vtriusque Senatusconsulti placuit, exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea superuenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, vt ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, siue habeat heres ex voluntate testatoris quartam, siue plus, siue minùs, siue nihil penitus, vt tunc quando vel nihil, vel minùs quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano Senatusconsulto pro rata portione, actionibus, tam in heredem, quàm in fideicommissarium competentibus.

§. 8. Si verò totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario, & aduersus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, vt quando recusaret heres scriptus

sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum & contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, vt ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

§. 9. Nihil autem interest, vtrùm aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem obseruari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

§. 10. Si quis vna aliqua re deducta, siue præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo, vel alia re) rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiat, perinde ac si quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere.

§. 11. Sed illud interest, quòd altero casu, id est, cùm deducta siue præcepta aliqua re, restituitur hereditas, in solidum ex eo Senatùsconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud heredem, sine vllo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, id est, cùm, quarta parte retenta, rogatus est heres restituere hereditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem.

§. 12. Quin etiam licet vna re aliqua deducta, aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus sit, in qua maxima pars hereditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interueniunt, & si, duabus pluribusuè deductis præceptisuè rebus, restituere hereditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptauè (quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet) rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem iuris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

§. 13. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo iure, vel honorario pertinere intelligit, vt hereditatem suam totam, partemuè eius, aut rem aliquam (veluti fundum, hominem, pecuniam) alicui restituat, cùm alioqui legata, nisi ex testamento, non valeant.

Eum

Eum quoq;,cui aliquid reſtituitur, poteſt rogare, vt id rurſum alii aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.

§. 14. Et quia prima fideicommiſſorum cunabula à fide heredum pendent, & tam nomen quàm ſubſtantiam acceperunt, ideo diuus Auguſtus ad neceſſitatem Iuris ea retraxit. Nuper & nos eundem principem ſuperare contendentes,ex facto, quod Tribunianus vir excellentiſſimus Quæſtor ſacri palatii ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus. Si teſtator fidei heredis ſui commiſit, vt vel hereditatem, vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat, & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero (qui in fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur) poſſit res manifeſtari, ſed vel pauciores quàm quinque, vel nemo penitus teſtis interuenerit, tunc ſiue pater heredis, ſiue alius quicunq; ſit, qui fidem heredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit, ſi heres perfidia tentus adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſequutam, ſi fideicommiſſarius iusiurandum ei detulerit, cùm priùs ipſe de calumnia iurauerit, neceſſe eum habere, vel iusiurandum ſubire, quod nihil tale à teſtatore audiuerit, vel recuſantem, ad fideicommiſſi vel vniuerſalis, vel ſpecialis ſolutionem coarctari, ne depereat vltima voluntas teſtatoris fidei heredis commiſſa. Eadem obſeruari cenſuimus, & ſi à legatario vel fideicommiſſario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quòd ſi is, à quo relictum dicitur, [poſtquam negauerit] confiteatur quidem aliquid à ſe relictum eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem recurrat, omninò ſoluere cogendus eſt.

COMMENTARII.

HEREDITAS teſtamentaria aut directa datur ſiue inſtituendo ſiue ſubſtituendo, de quo hucusque dictum eſt, aut per fideicommiſſum datur,de quo deinceps. Atque per fideicommiſſum datur,cum teſtator primum inſtituit heredem directò, vt hactenus, puta: *Lucius Titius ſit mihi heres*, & tum inſtitutum rogat, vt alteri eam hereditatem eiusuè partem reſtituat, nempe: *Te verò Luci Titi rogo, vt quàm primum poteris hereditatem meam adire, eam Caio reddas, reſtituas,vel ex ſemiſſe reſtituas.* Porrò poteſt & hoc variè fieri. Sub conditione: *Si filiam meam vxorem duxerit, reſtituas.* Ex die,*poſt duos annos reſtituas.* Poteſt etiam addi, vt ſibi certum quid deducat,puta: *deductis 100. deducto fundo, deducta quarta, reſtituas.* Et deinceps quidem quæritur de horum omnium vi & effectu & reliquis conſequentibus (vbi ſciendum etiam,propter fideicommiſſa hæc duplex inductum fuiſſe Senatusconſultum,primum Trebellianum,alterum deinceps Pegaſianum, de quibus habet textus) & dicam de his quàm poſſum breuiſſimè,eaque quæ ad vſum fori noſtri pertinent. Cætera in explicando textu prolixius repetam, vbi eſt multa antiquitas. Et imprimis cum ita quis hereditatem aut eius partem reſtituere iuſſus erit, cogi poteſt officio Iudicis, vt hereditatem adeat, & det ſiue reſtituat. Reſtituitur autem hereditas non modo naturaliter, vt ſic loquar,

quae, re ipsa, sed & verbo, puta si heres significet te eam hereditatem adire, & Caio restituere, vtcunque fortè alius quidam non iure possideat, *leg. restituta. D. eodem titul.* Qui tamen hereditatem restituere rogatus est, non totam praecisè restituere cogitur, sed ad exemplum legis Falcidiae, de qua ante, quartam partem semper retinere vel deducere potest, quae dicitur quarta Trebellianica, vel etiam hodie quarta Falcidia; & si errore quodam amplius soluit siue restituit, repetere potest, *vt supra in leg. Falcidia.* § *sed quia 1. & 2. infra eodem.* Atque hic illud simul notandum, nequaquam posse quem grauari vltra quàm est honoratus, de quo vide *in l. ab eo l. C. de fideicommiss. l. 114. § 2. de legat. 1. l. Imperator. §. sed si cum sequenti. de legat. 2 & infra tit. proximo.* Illud etiam notandum, vtcunq; alter cogi possit, vt adeat, & deinceps restituat, tamen alterum cogi non posse vt recipiat, si ille sua sponte adiit. *ita infra §. sed quia. vers. & secum deliberare.* Iam vero, cum ita hereditas haec accepta & restituta est, tunc qui hereditatem directò accepit, is fiduciarius heres dicitur, atque etiam absolutè heres. Cui verò relinquitur, is fideicommissarius dicitur, dicitur etiam fideicommissaria hereditas à fide, vt est in textu. Et si heres eam hereditatem vel sponte vel coactus restituit, tunc omnia onera actionis, lucra & damna transeunt in fideicommissarium. At verò si retinet quartam, tunc onera hereditaria inter heredem & fideicommissarium pro rata portione diuiduntur, nisi tamen certa res vel summa sit, quam heres sibi praeripere ac retinere, veluti quidam legatarius, quem vocant partialem legatarium, iussus sit. Nam & tunc onera omnia transeunt in fideicommissarium. *infra eodem dict. §. sed quia.* Porrò postquam ita restituta est hereditas, tum is, cui restituta est, habet eo nomine actionem in rem aduersus quemcunque possessorem, quae dicitur fideicommissaria hereditatis petitio. *D. de fideicommiss. heredit. petitione.* Ergò sunt haec actiones. Primò vt adeat heres, ad quod imploratur officium Iudicis, *l 17. D. si quis omissa causa testam.* Deinde etiam actio ex testamēto, vt aditā hereditatem restituat. *l. 1 C. communia de legat.* Tertiò, si restituta sit ab herede, actio illa in rem aduersus alium non iustum possessorem; vbi proponit, eam hereditatem sibi ex fideicommisso restitutam suam esse, sibique reddendam. *D. d titul. de fideicommiss. &c.* Nouissimè tamen nunc illud quaeritur, quorsum hi circuitus, vt primùm alii detur, post ille iubeatur reddere illi, quem magis eligimus? Et quidem imprimis magna erat in his fideicommissis vtilitas, quod aliquando quibus non poterat hereditas directò dari, vt peregrinis & proscriptis, iis saepè dabatur per fideicommissum, de quo optimus auctor Cicero in Verrem *libro tertio. item libro secundo. de finibus bonorum*, & Quintilian. *libr. 9. cap. 2.* Hodiè tamen in fraudem legum non licet alio quodam modo eos restituere, cum quibus aliàs non est testamenti factio, vide *l. non intelligitur. D. de iure fisci & l. vnic. C. de his qui se deferunt. lib. 10.* Attamen manet certa horum fideicommissorum vtilitas in substitutionibus, *vt in § fin. supra de substitut. pupill.* Item si quis hereditatem ab intestato alicui relinquere velit, *vt infra §. praeterea.* adeoque si velis ex certo die relinquere, vtilis est haec fideicommissaria hereditas, *vt h. in § 2.* Et haec ad tituli praesentis exercitium. Textum deinceps percurram. Sed tamen, vt de eo certum intellectum habeatis, sciatis, haec in eo disputari capita. I. De continuatione & ordinis consequentia *§ 1 in initio.* II. De duplicibus fideicommissis. *eodem §. 1. ibi. sed prius.* III. De fideicommissorum vtilitate, de origine & progressu, atque de eorum vi apud veteres & apud nos, de quibus omnibus *in dicto §. primo.* IV. Quando fiant fideicommissa, & quam variè. *§. imprimis, cum sequent.* V. Quis restituta hereditate intelligatur heres, quantum ad actiones, & qualis habeatur is, cui est restituta? *§. restituta, &c.* VI. Quo-

VI. Quomodo itidē sibi heres cauerit in restituenda hereditate interpositis stipulationibus, de quo *in §. sed quia heredes. cum seq.* VII. Qua occasione & quando propter hæc ipsa fideicommissa factū sit SC. Trebellianum? *d. §. restituta.* & deinde Pegasianum, deq; retinenda quarta *§. sed quia.* VIII. Quid addiderit his Iustinianus facta mutatione iuris & transfuso SC. Pegasiano in Trebellianum *§. sed quia stipulationes.* IX. Et deniq; additur singularis casus ex Const. Iustiniani *in l. vlt. C. de fideicommiss.*

§. 14. Et quia prima, &c.

Proponit nunc casum singularem *ex d. l. vlt. C. de fideicommissis.* Atqui de huius loci sensu acerrimè inter iuris Commentatores pugnatum est, nimirum, quoniam in varios sensus hunc §. distrahunt, & maximè quod animaduerterunt cum aliquot legum nostrarum locis pugnare, & de ipso casu etiam certamen est, monentq; verba, quæ ad finem adduntur, *postquam negauerit*, quæ alii non legunt. Sed valeat hic illud: *Credendum est artifici in sua arte*, simulque æquitatem ipsam ab oculos ponamus. Argumentum etiam vel argumentationem Iustiniani aspiciamus, & sic multum amputabimus ex interpretum Commētariis. Sit igitur casus: Testator dicitur fidei heredis sui cōmisisse, vt hereditatem alteri restituat. Is, cui debebat reddere, eum conuenit, negat iste sese hoc rogatum, restat vt fideicommissarius probet, quod sit scriptura, nempè testamento aut Codicillis, aut alias etiam quinque testibus, iuxta *l. fin. §. fin. C. de codicill. & l. 22. C. de fideicommissis.* Sed scriptura non extat, nec 5. testes de hoc produci possunt, an ne concidet fideicommissum? Ita videtur, vt Actore non probante, Reus absoluatur. Sed Iustinianus sic disputat: Fideicommissa ex bona fide pendere & consistere oportere, nimirùm, vt valeat hic aurea illa regula Iurisconsultorum: *Inter bonos benè agier oportet.* Et ideo, vt Iustinianus concludit, nulla perfidia heredis potest ac debet admitti. Itaque promittit Iustinianus, vt hoc casu petitor heredi deferat iusiurandum, saltem, vt ipse prius iuret de calumnia, sique heres iurare nolit, habeatur pro confesso, & cogatur soluere. Atqui, dices, hæc sunt ex communi & generali iure, *vt est in tit. D. de iureiurando*, quod est decisorium litis & controuersię. Sed sanè saltem licuisset ex iure communi iusiurandum referre, vt petitor iuret, aut reus absoluatur. *l. 4. & l. manifestæ turpitudinis. D. tit. de iureiurando.* Itaque videtur hic ex iuramento voluntario, quod referri solet, facere necessarium quiddam. Et hic primus locus est. Additur etiam alter in vers. *quod si is*, vbi proponitur, quod si heres fateatur à se fideicommissum relictum, sed ad legis subtilitatem recurrat, nimirum dicat, fideicommissum non esse solemni modo, vti debuit, relictum, omninò inquit, cogendus est soluere. An igitur Iustinianus tollit hic omnes leges, quæ negant ex imperfecta & minus solemni voluntate quicquam deberi? de quo & supra aliquoties, & hoc sanè de fideicommissis etiam docetur *in l. 2. in l. 23. C. de fideicommissis, & l. 38. D. de fideicommiss. libertat.* Et hic magnum est certamen inter Interpretes & Glossatores, Martin. Bulgarem & Ioannem, & aiunt: addit text. noster, *postquā negauit*, vt sit hic pœna mendacii. Et hoc placuit Ioanni, cuius opinionem dicunt esse communem. At verò notat Cuiac. & Hottom. in vetustis exemplaribus verba ista non legi, vt nec in Constitutione Iustiniani extant, nec Theophilus ea habet, & opinionem Ioannis glossographi Faber impugnat. Tu iterum vide argumentationem illam Iustiniani: *Fideicommissa*, inquit, *à fide omninò pendent*, & Augustus ea ad necessitatem iuris traxit. Ego eum in quodam facto superare contendo, & sic ergò. Qui fatetur à se fideicommissum datum, eum nolo ad legis subtilitatem accurrere, sed debere, vt fatetur, bonam fidem agnoscere. Sed quid ad superiores leges contrarias? Distin-

guunt, aut testator voluit solemniter testari, & non debentur ea fideicommissa, aut placuit in codicillis sine solemnitate fideicommissum relinquere, & tunc obtinebit quod hic dicitur. Ita videtur hic sentire Cuiacius; fuitque illa opinio Martini. Sic igitur aliquando Principes ad æquitatem naturæ, & simplicitatem veritatis respiciunt, cùm aliàs ferè ad ingenium prauæ naturæ humanæ, quæ Dei iudicium non admodum metuit, leges accommodatæ sint. Et hoc est, quod disputant Canonistæ, an heres in foro animæ teneatur ad legata vel fideicommissa in minus solemni voluntate relicta? Et dicunt heredem teneri Tractat Abbas, & additum est *ad l. 23. C. de fideicommissis*.

DE SINGVLIS REBVS PER fideicommissum relictis.

TITVLVS XXIV.



Otest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argẽtum, hominem, vestem, & pecuniam numeratam, & vel ipsum heredem rogare, vt alicui restituat, vel legatariũ, quamuis à legatario legari non possit. §. 2. Potest autem non solùm proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cuiuslibet alterius. Itaque & legatarius, & fideicommissarius, non solùm de ea re rogari potest, vt eam alicui restituat, quæ ei relicta sit, sed etiam de alia, siue ipsius, siue aliena sit. Hoc solùm obseruandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quàm ipse ex testamento ceperit. Nam quod ampliùs est, inutiliter relinquitur. Cùm autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere & præstare, aut æstimationem eius soluere.

§. 3. Libertas quoque seruo per fideicommissum dari potest, vt heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius. Nec interest, vtrum de suo proprio seruo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus seruus redimi & manumitti debet. Quòd si dominus eum non vendat, si modo nihil ex iudicio eius, qui reliquit libertatem, perceperit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quoad possit tempore procedente, vbicunque occasio serui redimendi fuerit, præstari libertas.

§. 4. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus (etiam si testatoris seruus sit) sed eius qui manumittit. At is, qui directò ex testamento liber esse iubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius vllus directò ex testamento libertatem habere potest, quàm qui vtroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum,

mentum, & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur, cùm non ab alio seruum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

§. 5. Verba autem fideicommissorum hæc maximè in vsu habentur: Peto, rogo, volo, mãdo, fidei tuæ committo. Quæ perinde singula firma sunt, atq; si omnia in vnum congesta essent.

COMMENTARII.

Dixit de fideicommissis vniuersalibus; nunc de singularibus. Estq; ratio nominis & origo eadem; verba etiam fideicommissorum, & quomodo illa dentur iam antea exposuimus etiam tit. de legatis, & ad finem hic quoque scribit ex Vlpian. *Instit. de verbis directis & fideicommissariis.* Porrò res singulas intelligit, quæ opponuntur vniuersitati, qualis est hereditas, de qua *tit. superiori.* Atqui relinquuntur hæ res singulæ ad modum & similitudinem legatorum, atque legatis hodiè ferè per omnia exæquata sunt fideicommissa singularia, de quo dictum est *tit. de legatis. & in l. 2. C. cõmunia de legat. & fideicommissis.* Vnde ferè eædem sunt quæstiones huius tractatus, quæ illius de legatis, vt & ex illo tit. ad hunc ista omnia accommodari possint. Et pertinet etiam huc lex Falcidia per consequentiam introducta Senatusconsulto Trebell. *vt tit. præcedenti.* Atque de horum nonnullis Iustinianus hîc etiam monet. Hoc tamen potissimùm addit *ex tit. D. & C. de fideicommiss. libertatib.* de libertate testamento data, quæ & directò & per fideicommissum dari potest, & habet quædam singularia. Ostendit autem, quæ vis sit, quæque proprietas vtriusque libertatis datæ; & simul indicat, quænam vltima voluntate libertas rectè dari possit? Hæc summa huius tit. est. Cætera repetantur ampliùs ex tit. *de legat. supra.*

DE CODICILLIS

TITVLVS XXV.



ANte Augusti tempora constat codicillorum ius in vsu non fuisse, sed primus Lucius Lentulus (ex cuius persona etiam fideicommissa [esse] cœperunt) codicillos introduxit. Nam cùm decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, vt faceret aliquid. Et quum diuus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui eius auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabãt, & filia Lentuli legata, quæ iure non debebat, soluit.

§. 2. Dicitur autem Augustus conuocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, nec absonans à iuris ratione codicillorũ vsus esset? Et Trebatium suasisse Augusto, quòd diceret vtilissimum & necessarium hoc ciuibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent, vbi si

Mm 2 quis

quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cùm & Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.

§. 3. Non tantùm autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cùm ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, nō aliter vires habere, quàm si speciali postea voluntate confirmentur.

§. 4. Sed diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.

§. 5. Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest: ne confundatur ius testamentorum & codicillorum, & ideo nec exheredatio scribi.

§. 6. Directò autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest. Nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adiicere, neque substituere directò quis potest. Codicillos autem etiam plures quis facere potest, & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

COMMENTARII.

De testamentis vna specie vltimę voluntatis, & omnibus quæstionibus & partibus eò pertinentibus, hactenus dixi; quibus præcipuè hereditates tum directò, tum p fideicōmissum, itemq; legata relinquuntur. Nunc de alia vltima voluntate minus solēni, minus superstitiosè instituēda docet & vocat codicillos, quasi exiguos codices, exiguū testamentū, non quoad quantitatē, sed potius qualitatē & iuris obseruantiam, vbi per quæstiones ferè hactenus in vltimis voluntatib. propositas & expositas ista potissimum nunc adhuc incidunt. I. Quod sit inter codicillos & testamenta discrimen? II. Vnde sit origo codicillorum? III. Quæ eorū maximè vtilitas? IV. Quomodo fiant? V. Quot & quā variis modis fiant? VI. Quomodo ex iis agatur? Atque de his videbimus. Illud autem imprimis teneatur, codicillos illum facere posse, qui potest & testamentum facere. De iure loquor *l. 6 §. codicillos. & l. 8. §. codicilli. D. eod. tit.* Iam verò testamento nostrę voluntatis perfecta sententia edici potest, & ideo etiam maior solemnitas in eo requiritur; codicillis non potest. Hoc autem & breuiter indicari potest. De hereditate sua codicillis quis disponere non potest. Extricatiùs autem dicetur hoc ipsum, quia consistit in eo, quod hereditatem in codicillo dare quis non potest, sanè directo, nec eam adimere, ideo nec heredem hic substituere nec exheredare licet, nec heredi ante purè scripto conditionem adscribere. *l. 6. & 10. D. eod. l. 7. C. eod.* Legata dare tamen, seruos liberare, tutores liberis ordinare codicillis licet, adeoque per modum fideicommissi etiam hereditas codicillis dari vel relinqui potest; sed & substitutio directò facta codicillis ad fideicommissum nonnunquam trahitur, vt fit vtile, quod est actum & datum. *L. diui. §. licet. D. eod. l. 2. Cod. eod. l. Scaeuola. D. eod. ad Senatusconsul. Trebellian.* Et hæc itaq; aperiunt Codicillorum naturam, seu de-

seu definitionem magis, quàm illa contentio de breui definitione testamenti, de qua supr. Porrò verò est & alia adhuc ferè differẽtia ex superioribus dependens. Codicillos plures quis facere potest, etiam diuersos, & omnes valent, (non tamen si sint contrarii: contraria enim simul stare non possunt, vt notũ est & hic valent postrema) at testamenta etiam diuersa non subsistunt. Cur ita? Nempè, testamento plenè disponitur de hereditate; Codicillis verò de reb. aliis atq; aliis singula licet edicere; vide *l.6.§. Codicillos.D.eod.l.6.C. eod.& tit.quib.mod.testa.infirm.* §. 2. *supr.* Sed vbinam est codicillorum certa vtilitas? Nimirum si quis testamẽtum facit, & ex iis, quę iam scripta sunt, quædam velit mutare, tollere, iis aliquid adiicere, nec tamen propterea totum testamentum commutare, codicillos faciet amplius. Plus dicam, si quis ab intestato de quibusdam, quæ ad directam hereditatem non pertinent, statuere velit, aut etiam si de facto impediatur, quo minus testamentũ faciat, codicillos faciet. Et sic primus Lucius Lentulus codicillos fecit; vnde est origo codicillorum. Sed hæc historia apertè describitur in textu, vbi eum videbitis. Sequitur quæstio; quomodo igitur codicilli fiant? Et quidẽ fiunt ii eo Iure, quo vtimur, scriptura, sine magna solẽnitate, adhibitis testib. quinque, qui codicillis scriptis subscribant. *l vlt. §.vlt.C.eod.tit.* Sed & sine scriptis fieri posse, receptum esse docet *l fin.C.de bon.liber.* & sic erunt codicilli nuncupatiui. Quanquã hoc nonnulli Practici quoq; negant, vt ille in lib. Notariatus Sed textus clarior est, quàm qui negari possit. Meminit etiam codicillorum gloss. iuris Saxonici *lib 1 c.8.* Deinceps etiam, quod ad actionem attinet, siue ad ius petendi, scias cum ita facti erunt codicilli, eos ratos & firmos esse, vt heres scriptus testamento vel ab intestato succedens cogatur id, ꝗ codicillis iussus est, dare aut facere. Ad quod datur condictio ex lege, vel vtilis actio ex testamento, in qua proponit & narrat Actor, quid eum testari codicillis mãdauerit, & petit deinceps condemnari ac compelli, vt id ita det vel faciat. Notatur *in l fi.C.de codicillis.*

Restat vt videamus de progressu rei, & quam variè quotque modis adhuc codicilli vtiliter fiant. Et olim quidem solummodo fiebant codicilli vnà cum testamento, nimirum ita vt præcedenti testamento confirmarentur, hoc modo: *Codicillos si quos fecero, ratos esse volo,* & ita codicilli vim ex testamento præcedenti capiant, id quod significat ICtus *in l. 18.D.eod.tit.* Et ad eam rationem facti sunt illi codicilli à Lucio Lentulo. Post hoc etiam codicilli fieri solebant, vt saltem posteriori testamento confirmarẽtur, nempè: *Codicillos, quos ante feci, ratos quoq; esse volo,* de quo *in l.8.& 16.D.eod tit.* Et de his oritur disputatio, si nominatim non sint confirmati, an valeant? de quo postea. Nunc hoc prius etiam addendum, eò tandem esse peruentum, vt fieri quoq; ceperint nudi codicilli sine vllo testamento, nempè ab intestato, qui suis viribus atque ex sese valent, testamenti cuiusdam vicem exhibentes; vbi nimirum ii, qui ab intestato successuri sunt, rogantur, vt aliquid faciant; nec mirum tamen hoc, cum potuisset is, qui rogat testamentum, faciens eos ipsos ab hereditate fortè excludere. Atq; fiunt, vt dixi, eiusmodi codicilli adhibitis quinq; testib. vide *l.3.8.& 16.D.eod.* Solet (vt hoc quoque addam) ipsis etiam testamentis clausula codicillaris itidem adscribi, quæ ꝗ vim habeat, ad ipsum tit. de testamentis exposui, nimirum confirmat testamenti vires; vt, si hoc meum testamentum nõ potest subsistere iure testamenti, saltem rogo, vt valeat iure codicillorũ. Licet de hoc videre vulgares libros Notariorum de clausulis; vide *l. 1. & quæ ibi notãtur, D.eod.l.si miles 1.D.de militari testamento.* Iam videndum est, an codicilli ante testamentum facti, & nominatim tamen nõ confirmati, rati sint, quod sanè proponitur in textu, & ideo ibi videbimus.

℣. Sed cum ante, &c.] Sequitur quæstio, de qua dixi; nimirũ, fiunt codicilli cum testamento, id est, testamento etiam facto

dupliciter, & post testamentum factum & ante id, cum ante facti erũt, an rati sint, si nominatim testamento nõ confirmentur, quærebatur, nempè, si non sit dictum: *Codicillos, quos ante feci, ratos quoq; esse volo.* Quod si post facti erunt, etsi non sint nominatim confirmati, tamen ratos esse oportere, ex eo defendi potest, quod habeant vltimam testatoris voluntatem, quod Iulian. *in l.3. D eod. & l. vlt. de fideicommiss. libertatib.* Sed, vt dixi, cum ante facti erunt, maior est dubitatio, & ea res ICtos Doctores quoq; exagitauit. Sanè videri poterat, non valere eos codicillos eo ipso, quod reuocatos à testatore & ruptos posteriori testamento non confirmauit, quod videbis *in l.5. D. eod. & in l.22. § qui codicillos. D. ad l. Cornel. de falsis.* Alii tamen per inuersionem sic possunt argumentari: Imo saltem eo ipso videntur comprobati, quod non sint reuocati. Et sic sanè habes in Pãdectis pugnantes leges; vide *l. 16. D. eod.* & hic Iustinianus disertè adducit Papiniani respõsum, quod extat *in d. l.5.* (etsi non est purum, & diuorum Principum rescriptum, quod videtur approbare Africani sententia *in d. l. 16.*) Sed quænam est aut fuit hæc cõtrarietas? Hoc enim scire prodest ad vsum perpetuum & praxin, vt post ostendet casus. Sic verò dicunt: Sunt iniusti (vt vocant) olim ante testamentum facti codicilli, si non essent nominatim confirmati, non valuerunt. Nunc ipso iure valẽt, nisi expressè reuocentur. Sed ita onus probandi iniiciunt heredi, & sic negans contra vsitata Iura debebit probare. Sed, vt hoc argumentum omittam, fortassis non satis firmum, hanc sententiam verba textus non patiuntur, dum inquit: *Si appareat eum, &c.* magisq; etiam hoc declarant verba addita à Papiniano *in d. l.5. Aut voluntas eorum, &c. Ante tabulas testamenti* (inquit textus) *codicilli facti non aliter valent, quàm si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quoq; indicio retineatur.* Quæ verba ex hac sententia Institutionum addita sunt à Papiniano, qui aliàs sibi ipsi hic & ibi cõtrarius esset. Ergo verius est, hanc saltem esse contrarietatem & pugnantiam, quod Papinianus dixit, codicillos tales non cõfirmatos ipso Iure non valere; diui Principes verò rescripserunt, nõ ipso Iure vires nullas habere, sed fideicommissum ex iis peti & obtineri posse, si probari posset testatorem codicillos istos valere adhuc voluisse. Igitur agens siue petitor probare debet. Sed vt res rectius intelligatur, videamus casum. Sempronius paterfamilias ab intestato fecit codicillos, in iis sic scripsit: *Qui mihi heres erit, ei mando, vt Aristarcho meo præceptori det 200. aureos.* Postquam verò viuo patre moreretur filius, testatus deinceps potius mori voluit is paterfamilias, & fecit testamentum, in eoque sibi scripsit heredem fortè fratris sui filium, priorum verò codicillorum non meminit, eosq; non confirmauit, mortuo patrefamiliàs, extantib. tamen adhuc codicillis, Aristarchus petit 200. Heres se debere negat, ex codicillis postea non confirmatis. Oritur quæstio, nunquid heres debeat? Papinian. vt hic scribitur, ait, codicillos eos vires nullas habere, & ita nihil obtinere posse legatarium petitorem. Diui Principes contra aiunt, non omninò nullum esse legatum; sed & si saltem Aristarchus ostendere possit, testatorem a priori voluntate nõ decessisse, obtinere eum posse. Alii ostendunt Aristarchum ita obtenturum, si heres non possit probare, testatorem ab iis codicillis discessisse. Sed ita negans debet probare, & ostendit hoc ex his textibus dici non posse. Et disertè pro nostra sententia pugnat Hottomannus. Vides igitur quàm prodest rectè scrutari scripturas siue textus.

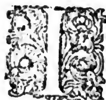
INSTI-

INSTITVTIONVM IVRIS DIVI IVSTINIANI

LIBER TERTIVS.

DE HEREDITATIBVS, QVÆ ab intestato deferuntur.

TITVLVS I.



Ntestatus decedit, qui aut omninò testamentum non fecit, aut non Iure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit.

§. 1. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum primùm ad suos heredes pertinent. Sui autem heredes existimantur (vt suprà diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest, vtrum naturales sint liberi, an adoptiui.

§. 3. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen ciuitatum dati, secundum Diualium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum iura nanciscuntur.

§. 4. Necnon eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas iussimus, vt si quis mulierem in suo contubernio copulauerit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere coniugium, & ex ea liberos sustulerit, postea verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solùm eos liberos, qui post dotem editi sunt, iustos, & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti.

§. 5. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse:

sive

siue morte id acciderit, siue alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque & in cæteris deinceps liberorum personis dictum esse intelligimus. Posthumi quoque, qui si viuo parente nati essent, in potestate eis futuri forent, sui heredes sunt.

§. 6. Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes. Et licet furiosi sint, heredes possunt existere, quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cùm etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso iure.

§. 7. Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti, si ab hostibus quis reuersus fuerit, post mortem patris sui: Ius enim postliminii hoc facit. Per contrarium autem hoc euenit, vt licet quis in familia defuncti sit, mortis tempore tamen suus heres non fiat: veluti, si post mortem suam pater iudicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria eius damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedat; sed potest dici ipso quidem iure suum heredem esse, sed desinere.

§. 8. Cùm filius filiave, & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem aui vocantur: nec qui gradu proximior est, vlteriorem excludit.

§. 9. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione, & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conueniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi, vt filius partem dimidiam hereditatis habeat, ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam.

§. 10. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero tres aut quatuor, ad vnum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.

§. 11. Cùm autem quæritur, an quis suus heres existere possit, eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse. Quod accidit & destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus, & filio mortuo, postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia

non

non potuit, nepos auo suus heres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias, solus inuenitur nepos, & hoc certum est.

§.12. Et licet post mortem aui natus sit, tamen auo viuo conceptus, mortuo patre eius, posteaq; deserto aui testamento, suus heres efficitur.

§.13. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem aui, mortuo patre suo, desertoq; postea aui testamento, suus heres auo non existet: quia nullo iure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos aui, quem filius emancipatus adoptauit. Hi autem, cum non sint sui (quantum ad hereditatem) liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

§.14. Emancipati autem liberi Iure Ciuili nihil iuris habent (neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt) neque vllo alio Iure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus dat eis bonorum possessionem. Vnde liberi, perinde acsi in potestate parentis tempore mortis fuissent, siue soli sint, siue cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato vno, & eo qui tempore mortis in potestate fuerit: sanè quidem is, qui in potestate fuit, solus Iure Ciuili heres est, & solus suus heres; sed cum emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur, euenit, vt suus heres pro parte heres fiat.

§.15. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris, quasi liberi: si modò, cum is moreretur, in adoptiua familia fuerint. Nam viuo eo emancipati ab adoptiuo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec vnquam in adoptiua familia fuissent. Et conuenienter, quod ad adoptiuum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt.

§.16. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptiuo patre, & quantum ad hunc adoptiuum patrem pertinet, æquè extraneorũ loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptiui, ad quos bona naturalis patris pertineant, vtrùm ad liberos eius, an ad adgnatos.

§.17. Minus ergo iuris habent adoptiui filii quàm naturales. Namque naturales emancipati, beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licet Iure Ciuili perdant. Adoptiui verò emancipati, & Iure Ciuili perdunt gradum liberorum, & à Prætore non admittuntur, & rectè. Naturalia enim Iura Ciuilis ratio perimere non potest. nec quia desinunt sui heredes esse, possunt desinere filii filiæve, aut nepotes, neptesve esse; adoptiui verò emancipati extraneo-

rum loco incipiunt esse: quia ius nomenq; filii filiæve, quod per adoptionem consequuti sunt, alia ciuili ratione, id est, emancipatione perdunt.

§. 18. Eadem hæc obseruatur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque, vt oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos vocat Prætor ad eandem bonorum possessioné; eos verò, qui in adoptiua familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptiuos liberos emancipatos ab adoptiuo patre, sicut nec ab intestato, ita longè minus contra tabulas testamenti ad bona eius admittit; quia desinunt in numero liberorum eius esse.

§. 19. Admonendi tamen sumus, eos, qui in adoptiua familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptiuo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque adgnatus quidem vllus interueniat. Ante enim Prætor liberos vocat tam suos heredes, quàm emancipatos, deinde legitimos heredes, tertio proximos cognatos.

§. 20. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt; aliquam autem emendationem à nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Inuenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facilè per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur.

§. 21. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus; quando parens naturalis filium suum adoptãdum alii dederit, integra omnia iura ita seruari, atq; si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsequuta, nisi in hoc tantummodo casu, vt possit ab intestato ad patris adoptiui venire successionem.

§. 22. Testamento autem ab eo facto, neque Iure Ciuili, neque Prætorio, ex hereditate eius aliquid persequi potest: neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cùm nec necessitas patri adoptiuo imponatur, vel heredem eum instituere, vel exheredem facere, vtpote nullo vinculo naturali copulatum, neq; si ex Sabiniano Senatuscõsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in eiusmodi casu, neque quarta ei seruatur, neque vlla actio ad eius persequutionem ei competit. Nostra autem

constitu-

constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit.

§.23. Vtroque enim Iure tàm naturali quàm legitimo in hanc personam concurrente, pristina Iura tali adoptioni seruamus: quemadmodum si paterfamilias sese dederit ad rogandum; quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

§.24. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens solos nepotes vel neptes, qui quæve in virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & iure adgnatorum eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post adgnatorum lineam eos vocabat, tàm in aui vel proaui materni, quàm in auiæ vel proauiæ, siue paternæ siue maternæ successionem.

§. 25. Diui autem Principes non passi sunt talem contra naturam iniuriam sine competenti emendatione relinquere; sed cùm nepotis & pronepotis nomen commune sit vtrisque, tàm qui ex masculis quàm qui ex fœminis descendunt, ideò eundem gradum & ordinem successionis eis donauerunt.

§.26. Sed vt amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris Iuris suffragiis muniuntur, portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps (de quibus supra diximus) paulò minuendam esse existimauerunt, vt minus tertia parte acciperent, quàm mater eorum, vel auia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel auus paternus, siue maternus, quando fœmina mortua sit, cuius de hereditate agitur, iisque (licet soli sint) adeuntibus, adgnatos minimè vocabant.

§.27. Et quemadmodum lex duodecim tabularum filio mortuo neptes vel nepotes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem aui sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suæ, vel auiæ, eos cum iam designata partis tertiæ deminutione vocat.

§.28. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter adgnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti adgnatis sibi vendicantibus ex cuiusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregauimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti iuri eius derogatum est, & sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, & deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vendicare, ne hi, qui ex transuersa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto iure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere, secundum sui

vigorem,& tempora,& nunc sancimus: ita tamen,vt quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit,non in capita, sed in stirpes diuidi hereditatem: similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri iubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes,& inter pronepotes & proneptes, &alias deinceps personas, vt vtraque progenies, matris vel patris,auiæ vel aui, portionem sine vlla deminutione consequatur: vt si fortè vnus vel duo ex vna parte, ex altera tres aut quatuor extent, vnus aut duo dimidiam,alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

COMMENTARII.

POst locum de successione testamentaria, siue ex successione à testamento,id est,expressa testatoris & hominis defuncti voluntate,seqtur successio altera ab intestato, quæ defertur auctoritate legis; sed tamen ad exemplum propè regulę in voluntate defuncti, quæ conuenit ad æquitatem & normam naturæ,nisi quod tamen liberior est expressa illa testatoris voluntas, de quo saltem ad tit. *de lege Falcid.* audiuistis, cum inquit de testatore: *Vti quisq; legasset,ita ius esto.* Est autem hoc ipsum ius de successione ab intestato varium & inconstans,pro vt leges ciuiles, leges etiam municipales variæ & mutabiles sunt. Et propè non est alia materia, quæ magis variet apud diuersas gentes & populos; & tamē illud verè dici potest, nullas ferè leges in hoc loco saniores & æquiores esse atq; Romanas. Ideo hos fontes cognoscere vtilissimum est, ex quibus etiam Saxones nonnunq̃ sui iuris duritiem emendant, quemadmodū notauit sanctæ memoriæ D. Præceptor Philipp. Melanchthon in Oratione quadam *de legib.* Atqui valet hic,vt alibi,illud: *Cōstitutiones nempè posteriores potiores sunt illis, quæ eas præcesserunt. l.fin.C. de constit. princ.* Et vt hoc verum est,sic illud quoq; certum: *In correctoriis,quæ nominatim non corriguntur, ea stare censentur,* vulgatis legib. vt *in l.præcipimus. C. de appell. & similib.* Ergo & erudita puraq; antiquitas cognoscenda est. Et quò maiori cum fructu de his doceamus, & partes præcipuas huius totius tractatus destinguemus, & varietatem iuris ad eam rem necessariam annotabimus, atque hęc omnia iuxta bonorum & fidelium Doctorum verè sapiens consilium, quaten⁹ eius fieri potest, breuissimè. Etsi autem verum est,quod,*qui breuis esse laborat,obscurus fit*, secundum Horatium; tamē & hoc sciatur,quod inquit Cicero ad suum Trebatium: *Nullam artem literis sine Interprete percipi posse*, & rectè discens obscuritatis locum facilè superabit; & notum est illud eiusdem Poetæ:

In vitium ducit culpæ fuga si caret arte.

Nostrum igitur etiam erit,arte quadā hoc vitium obscuritatis emendare.Et primo quidem summam omnium quasi conclusionib. siue thesibus complectemur, post percurremus totum textum de successionib. ab intestato.Vbi nunc etiā notandum,hanc primam inscriptionē generalem esse totius materiæ. Nunc ad rem ipsam. Ergo capita summa huius tractatus sunt imprimis ista duo (quæ postea tamen subdiuiduntur,prout res desiderat.) Primum,Quis dicatur intestatus? Et hîc ad praxin fori notanda est *l.quamdiu, D. de reg.iur. Quamdiu,*inquit,*ex testamento adiri potest hereditas, ab intestato nō defertur,*quasi dicat,frustrà disputari de successione ab intestato, si factum sit iustum aliquod testamentum. Huc pertinet *l.quamdiu, D. de acquir.hered.* Iam post hoc verò alterum caput est,quādo iam constat hominem ab intestato mortuum,quomodo & quo ordine lex deferat hereditatem? Atque iste locus secundus

varius

varius est, & tria potissimum sunt hic iura spectanda. Nobis sanè in hoc foro quatuor. I. Ius antiquissimum legum 12. tabularum. II. Ius Institutionum nostrarum desumptum ex D. & C. III. Ius nouum siue Nouellarum constitutionum. IV. Et denique ius municipale & Saxonicum. Iam verò cum in hac successione gradus ipsius cognationis plerunque habeatur ratio, additur & hoc caput; quando gradus cognationis numerentur? Quo pertinet *tit. 6. infra de gradib. cognat.*

Nunc ad caput primum. Intestatus igitur is propriè dicitur, qui sine testamento decessit; quod aut facto fit, aut iure. Facto quidem, quando quis omninò nullum testamentum fecerit: Iure verò, quando quis testamentum fecerit, quod ius non admittat. Aut enim non iure ciuili factum est, omissis iis, quæ ad solemnem testamenti ordinationem spectant; aut cum rectè ordinatum esset, ruptum est. Aut irritum factum est, quia testator fortè capitis deminutionem passus fuerit, in qua & mortuus sit. Aut cùm nihil horum sequutum esset, heres institutus hereditatem non adiit. Ita hic & apud Theophilum, & supra multis locis, *tit. de exhered. liber. tit. quib. mod. testamenta infir. tit. de inoffi. testamento, item in l intestatus 64. D. de verb. sign. & in l 1. D. de suis & legit. hered.* Et hæc de prima parte. Nunc de altera, nempè, hereditas hæc quibus deferatur? Et primum dicemus summam legum 12. tabularum; vbi distinguemus, vt & deinceps ordines & conclusiones. In quibus autem imprimis distinguendum est nobis inter hereditatem ingenuorum & libertinorum. Et nunc de ingenuis saltem agemus, post suo loco de libertinis. Isto ergò iure antiquo, si quis ingenuus intestato mortuus dicatur, qui hereditatem post se relinquit, eius hereditas primùm defertur descendentibus siue liberis, *§. intestatorum 2. nostro tit.* Sed hic notandæ istæ conclusiones notorię. Prima, inter hos tantùm descendentes siue liberos ii soli vocantur siue ad hereditatem admittuntur, qui sunt sui & sui heredes, cæteri omnes excluduntur. *d. §. intestatorum. cum aliquot seq.* Secunda, ii verò liberi ita vocantur, vt neque sexus discrimen hic fiat, neq; gradus attendatur, siquidem remotiores non excluduntur à proximioribus, *de hoc D. de suis heredib. l. 1 & 2. item C. de suis. l. 2. & 3 & in §. ita demum item §. cum filius. & §. fin. eodem nostro tit.* Tertia, ipsi liberi primo gradu, id est, filii filiæue soli succedentes, diuidunt hereditatem in capita; sed si cum iis nepotes aut alii posteriores veniant, diuidunt hereditatem in stirpes, non in capita, *d. locis.* C. & D. *& §§ allegatis in his Inst.* item Vlp. *in Instit. tit.* 24. Quarta, post primum gradum liberorum, id est, si filii filięuè non extent, semper ea hereditas in stirpes diuiditur, non in capita *d. locis vt supra.* Et hęc ex l. 12. tab. de primo ordine.

His verò deficientibus, id est, si defunctus eiusmodi liberos post se nullos relinquit, tunc ea hereditas defertur ad propinquos à latere, fratres, sorores, &c. *infra tit. 2.* Atq; in hoc ordine nunc sunt conclusiones aliquot. Prima, inter hos ipsos propinquos saltem vocantur agnati, exclusis planè cognatis. *d. tit. 2. infra.* Secunda; hi propinqui à latere semper vocantur secundum prętogatiuam & præeminentiam gradus, vt valeat regula: *Qui prior est gradu potior est iure succedendi, d. tit. 2. § si plures.* Tertia, hic i. e. in isto ordine semper succeditur in capita & non in stirpes. *d. tit. 2. §. hoc etiam. vers. quis etenim. item in l 2. §. hac hereditas. D. de suis heredib.* Addatur hic quarta: Propinqui isti à latere saltem vocantur ad decimum vsque gradum. *§ fin. tit. 5.* Hic quoque tenendum est, antiqua ista lege 12. tabul. inter collaterales hos siue propinquos à latere, si proximior repudiaret hereditatem, non habuisse locum successionem de gradu in gradum; licet, si plures essent in eodem gradu, ius accrescendi alio repudiante admittebatur, *§. placebat. tit. 2. & §. fin tit. 2.* Atque hæc de

 ordine

ordine isto secundo propinquorum. Parentes hic non numerantur, qui, si liberos in potestate haberent, ea bona iure quodā peculii occupabant; sin emancipati essent liberi, alia erat antiquitas, de qua postea. Sed hæc emendata sunt, vt parentes nunc quoq; præcedant propinquos istos à latere; quod iure Saxonico maximè obtinet, vt infra audiemus. Ergò lege 12. tabul. post hos, de quibus diximus, si nulli eorum extarent, ea hereditas censebatur vacans & caduca. Et primum quidam publicabatur, post cepit redigi in fiscum. Quod credendum est factū esse ærarii locupletandi causa Hodiè quoq; iure Romano pariter & Saxonico fisci habetur ratio, sed alio tamen ordine, & datur nunc ante etiam successionē coniugis, id est, mariti & vxoris, vt infra audiemus. Et hæc de iure antiquissimo.

Nunc videamus & conferamus ius Prætorium & constitutionum, quod adscriptum est in has Institutiones & multum reformat veterem hanc Iurisprudentiam de successionibus; sed tamen, vt dixi, quod non reperitur sublatum, adhuc ratum est. Et vt nūc habeam rationem illius, de quo itidem monueram, breuitatis, tantùm adscribam additionem ad ius illud primum. Imprimis igitur illud teneatur hoc iure Institutionum tres fieri ordines, & antè omnia, vt & olim, hereditatem deferri descendentibus; post hos verò habetur ratio ascendentium, id est, parentum, & tum, vt supra, propinquorum à latere. Et nūc de his diligentius. Quod igitur ad ordinem primum attinet, quem dico priori loco vocari, hæc conclusio supra adducta rata manet. Et, vt omnia dicam, persistunt adhuc omnes prædictæ conclusiones, excepto eo, quod ad primam cōclusionem attinet. Non solùm nūc sui tantùm admittuntur, sed etiam alii nonnulli liberi, imprimisque Prætor cum suis admittit etiam emancipatos iure suo prætorio, de quo *in §. emancipati. infra nostro tit.* Deinde constitutiones alios quosdam etiam nō emancipatos & tamen non suos, vt nepotes & neptes aliosque descendentes ex filia, ad hereditatem quoque admittunt; sed tamen cum deminutione tertiæ partis, *§. item vetustas. infra nostro tit.* Quod si mater dicatur mortua, quæ suos heredes non habet, vt ideo l. 12. tabul. non sit hic successio, filii & filiæ eius ad successionem vocantur ex SC. Orficiano, & cum iis etiam nepotes & neptes ex alio filio, sed cum prædicta deminutione tertię, *infra tit. de SC. Orficiano.* Hæc ex iure recentiori, vt postea audiemus, reformata sunt saltem quo ad modum successionis.

Nunc quo ad caput de ascendentibus, maior est hic reformatio; &, si quidem Titius mortuus descendentes post se non relinquit, vocari iam ascendentes videntur, nempè mater, & cum ea fratres & sorores à latere, hoc ordine, vt, si sorores tantùm cum matre extent, mater accipiat semissem & alterum semissem sorores. Si fratres saltem extent cum matre, aut etiam fratres simul supersint cum sororibus, diuiditur hereditas in capita. Quod si & pater extat, concurrit & ille, &, si quidem in potestate eius fuit defunctus, pater consequitur vsumfructum omnium bonorum; proprietas inter matrem & cæteros diuiditur. Sin emancipatus fuit, patri & matri vsusfructus datur; proprietas ad alios pertinet. Huc pertinet *tit. 3. de SC. Tertull. infra. §. sed & nos. item l. fin. C. illo tit.* Et, quid hic ampliùs reformatum sit, infra audies.

Quod si verò nec hi supersint defuncto, venitur ad ordinem tertium, proprinquorum à latere; atque hic omnia sese habent, vt olim l. 12. tabul. nisi quod in conclusione eius ordinis prima hoc emendatur, quòd agnatis constitutiones annumerant fratres & sorores emancipatos eosque admittunt cum agnatis aliis, sed cum deminutione tertiæ partis, *infra tit. 5 §. 1.* Et alia rursus Constitutio Iustiniani inter agnatos etiam numerat & admittit sororis germanæ, imò

etiam

etiam vterinæ filios & filias *infra tit. 2 §. hoc etiam.* Atque amplius poſt hos etiam, id eſt, quod ſi agnati & iam dicti nulli ſuperſint, ex iure prætorio admittuntur cognati, ſed ſaltem ad ſextum vsque gradum, *vt infra.* Hæc igitur concluſioni primæ reformationis cauſa addita ſunt, quæ hodiè iterum reformantur, quædam omnimodo, quædam ſaltem ad modum ſuccedendi, vt audiemus. Cætera adhuc perſiſtunt, nempè manet concluſio 2. 3. & 4. Atqui poſt hos dari iam etiam ſucceſſionem inter virum & vxorem, & tandem fiſcum admitti, conſtat. Et ſic habes nunc etiam ſummam ſucceſſionis Iuſtinianeæ ex noſtro hoc libello inſtitutionum.

Sed nunc tandem ad ius nouiſſimum, quo vtimur per Imperiũ Romanum, quodque Iuſtiniani Principis eſt, qui in cauſa hereditatum maximè elaborauit, & tandem anno Imperii ſui decimoſeptimo, annis decem poſt ſcriptas Inſtitutiones, qui eſt annus Chriſti 543. nobiliſſimam ſimul & humaniſſimam edidit Conſtitutionem, quæ eſt *Nouell. 118.* in qua ius vetus admodum reformauit; quod totum, quale ſit, breuiter indicare poſſumus, ſi teneamus ſummam, quam ſupra de lege antiqua totius populi Romani propoſuimus; igitur tres facit ordines ſuccedentium ex cognatione. Principiò vocat & admittit liberos ſiue deſcendentes, de quib. hoc allegat *ad Galat.* diuus Paulus: *Si filius, ergò heres.* Poſt hos admittit parentes, de quibus alibi Papinianus, nempè *l. 15. D. de inoffic. teſtam.* dixit: *Ordine mortalitatis perturbato non minus piè relinqui parentib.* & Iuſtinianus *in Nou. 115.* ait: *Qui filii ſunt, conſiderare debent, quod & ipſi parentes fieri deſiderant, & à ſuis liberis optant honorari.* Et tandem tertio & vltimo loco vocat Iuſtinianus *in ſua Nouell.* propinquos à latere, vbi & locus diuinæ auctoritatis ſuccurrit, *Num. 27.* vbi poſt alia: *Dabitis,* inquit, *hereditatem propinquiori ex familia ipſius.* Et rurſus ſuccurrere debet, quod Paulus *ad Timotheum* ſcribit: *Si quis ſuorum curam non habebit, peior eſt Ethnico.* Iam ampliùs inter deſcendentes ſiue liberos ſuſtulit Iuſtinianus omnem differentiam ſuorum & emancipatorum, patriæque poteſtatis. Et ſic quoque inter parentes hoc idem diſcrimen ſuſtulit; inter propinquos ſuſtulit omnem differentium agnationis & cognationis. Et hæc tota ſumma eſt emendationis & innouationis. Cętera adhuc ex ſancta antiquitate perſiſtunt. Ergò ſupra in primo ordine reformata ſaltem concluſione prima, integra adhuc manet concluſio 2. 3. & 4. In ſecundo ordine hoc immutatur, quod parentes etiam ſuccedunt, atque etiam præcedunt propinquos. In eodem illo ordine ſecundo legis 12. tabul. concluſio prima innouata ſaltem eſt; cætera valent, id eſt, manet concluſio 2. 3. & 4. niſi quòd tamen vno caſu contra concluſionem ſecundam remotiores admittantur cum proximioribus, & eodem caſu conſequenter cõtra concluſionem tertiã admittatur hic ſucceſſio in ſtirpes. Ecce quàm breuiter omnia! Sed vt ille inquit: *pleniùs, rogo, quæ ad hæc ſpectant, attingas, quotidiana enim ſunt.* Ergò, etſi omnia ferè dicta ſunt, hanc tamen rem de iure nouo apertius indicare conuenit, propoſitis etiam & repetitis concluſionibus additisque nonnullis etiam diligentius adhuc.

De ordine primo. Ad ſucceſſionem itaque inteſtatò mortui imprimis vocantur & admittuntur deſcendentes ſiue liberi ſoli, excluſis adhuc parentibus & propinquis, quandoquidem naturâ magis debetur hereditas deſcendentibus. *l. 15. D. de inoffic. teſt. & d. Nou 118. in initio. c. 1* Sit igitur hęc cõcluſio prima accommodata ad ſuperiorem doctrinam. Hic nunc nulla ſpectatur ſiue attenditur differentia patriæ poteſtatis, ſuitatis, & emancipationis, ſexus, natiuitatis, id eſt, vtrum ſint ii liberi ex iuſtis nuptiis nati, an non ſint, ſi modo, qui ex iuſtis nuptiis non ſunt, legitimati ſint; itemque non intereſt, naturalis ſit filius an optiuus, ſi modo.

modo in adoptantis ius & familiam transeat: Atqui tamen adoptatus filius etiam parenti naturali succedit nunc, *l. 9. & 10. C. de naturalib. liberis, Nou. 98. § filiū verò. §. relinqui igitur, infra hoc nostro tit. §. sed ea omnia. & d. Nouell. 118. cap 1.* Cætera de varietate liberorum infra subiiciam. Nunc prius ad alia.

Conclusio secunda. Liberi siue descendentes ita vocantur, vt gradus cognationis hic non attendatur: siquidem remotiores non excluduntur à proximioribus, nempè admittuntur cum filio alterius filii nepotes, &c. iuxta *d. §. cum filius. infra tit. nostro.* Nam dixi; quæ non sunt emendata, ea ex iure antiquo valent, & ad hoc semper allegatur is §. ideoque benè discendus.

Conclusio tertia. Sed tamen si ipsi liberi primi gradus soli succedunt, in capita diuidunt hereditatem: quod si cum iis remotiores, vt nepotes, &c. concurrant, fit diuisio in stirpes *d. §. cum filius. infra nostro tit.* & dixi latius ad locum de 12. tabulis, conclusione itidem tertia.

Quarta conclusio. Post liberos primi gradus, i. e. iis non extantibus, semper hereditas in stirpes diuiditur, & si ex duobus filiis nepotes extent impari numero, puta, si ex altero filio supersint nepotes 2. vel 4. hereditas in duas æquales partes diuiditur; vt infra ad text. explicabimus. *d. §. cum filius. & § fin.*

Nunc reuertimur ad locum de variis liberis, de quo cœperamus monere conclusione prima. Quinta igitur conclusio est; naturales tantum liberi matribus saltem succedunt, id est, in bonis maternis. Sed & hic excipitur, si sit mulier illustris dignitatis, eaque liberos legitimos etiam habeat; nam tunc naturales tantum excluduntur Quam legem dicit Iustinianus se pudicitiæ dedicasse; quæ præcipuè à magnis & illustribus excolenda est. *l pen. Cod. ad SC. Orfic. & infra eod. illo tit.* Quod ad patrem attinet, si liberi naturales si soli sint, definitā tantum quantitatem accipiunt, id est, duas vncias, sextam hereditatis partem cum matre, si superstes est, in capita diuidendam, puta ex 6000. accipiunt 100. cum matre. Quod si alii liberi iusti & legitimi extent, nihil accipiunt, sed ab his iustis liberis aluntur, id est, dabuntur iis saltem alimenta ad necessitatem. *Nouell 89.*

Conclusio sexta. Liberi ex vetito & planè improbato incestoque coitu nati ab omni successione excluduntur. *d. Nouell 89.* Quod ipsum Iustinianus dicit se constituisse amore casti cōiugii & odio illegitimatum coniunctionum, vt pulchrè in alia *Nouell. 74.* Alimenta tamen ex æquo & bono iis etiam debentur liberis. Neque enim liberorum culpa est. Notatur in c. cum haberet, extra, de eo, qui duxit in vxorē, quam polluit per adulteriū. De spuriis vulgo conceptis, quod ad patrem attinet, non est necessum disputare, cum pater incertus sit. Et hæc de varia conditione liberorum, addatur etiam septima.

Septima conclusio. Cum liberi existunt diuersi matrimonii, breuiter & summatim sic respondetur, maternos liberos succedere parentibus maternis non paternis & è contra, hoc est, liberi mulieris ad vitrici, & liberi viri ad Nouercæ hereditatem non pertinent. De quo vide *in l. affinitatis C. communia. de success.*

Sed nunc de alio capite, & est conclusio octaua; cum defunctus reliquit liberos & vxorem, aut defuncta liberos & maritum. Respondent in hac succincta traditione, adeoque etiam in loco obscuro sic: Quod hoc casu maritus & vxor inuicem non succedant, sed potius liberi succedant parentibus; ità tamen, vt viuenti parenti quoad viuit eorundem bonorum vsusfructus concedatur, liberorum sit proprietas; nisi tamen aliud etiam quiddam conuenerit pactis dotalibus. Ergò quod vsitate dicitur: *Soluto matrimonio dos vel etiam donatio repetitur*, habet hanc exceptionem; nisi liberi nati sint siue

extent,

extent. Et olim fuit etiam retentio dotis propter liberos, *vt C. de rei vxoriæ act.* Hocque iure nos nunc vtimur, vide Oldendorp. *in claſſib. claſſe 4. act. 26. ad fin.* Et conuenit in ſumma hoc totum ius concluſionis octauæ ad ſimplicitatē naturæ, qua fit, vt inter coniuges debeat eſſe quædam communio, vt & aliorum, ſic & bonorum, vt liberi parentum bona habere ex iis, iique parentibus etiam ſubeſſe debeant. Qua de re, vt ſpero, fideliter recteque dixi *ad tit. de nupt.* & oſtendit definitio Nuptiarum apud Modeſtinum, vt ibi expoſuimus Et cum hoc videntur etiam conuenire ipſæ leges Romanæ. Sed fuit & eſt tamen hoc ius omninò varium, vide *C. tit. de ſecundis nupt. & quæ ibi adduntur. item Nou 22 ſiue Authent. de nuptiis. cap. 3. cum ſeq. Nouell. 98 & Nou. 127.* Huc etiam pertinet, quod Iuſtinianus alibi ſcribit: *Si quis locupletior vxorem indotatam vltrò duxiſſet, tūc cum filiis & liberis ſucceſſuram vxorem certa parte, nimirum quarta, ſi ſunt tres vel pauciores liberi; Sin plures, in virilem portionem; ſed tamen habituram præcipuè ſua tātum portionis vſumfructum.* De quo vide *Nou. 57. cap. vlt. Nou. 117. c. 5. & Auth. vide C. tit. vnde vir & vxor adſcripta & quæ ibi latius traduntur.* Sanè tamen, quoad maritum & vxorem, adhuc lex videtur iis non tantùm dotis vel donationis vſumfructum dare, ſeruata liberis proprietate, ſed etiam virilem portionem in proprietate, vt tantum habeat coniunx ſuperſtes, quantum vnus liberorum. *Nouel. 23. c. 7.* Et ex his fortè quædam aliter atque aliter venerunt in mores apud varios populos & gentes. Iam verò, ſi ſoluto matrimonio ſuperſtes ad alios nuptias tranſit (vbi prætermitto caſum nō obſeruati temporis luctus; de quo latè *in d. Nou. 127. de nuptiis.*) placuit tunc ea portione priuari *d. Nouell. 127.* Sed ex ſuis bonis non plus ſecundæ coniugi debet relinquere, quàm relinquit vni liberorum primi matrimonii, cui ad minimum relinquit legitimam. *l hac edictali. C. de ſecund. nupt. d. Nouell. de nupt. cap. 8.* Quid de viro & vxore, ſi ſoli ſint, dicendum ſit, audiemus poſtea.

Concluſio nona. Succedunt autem liberi patribus & matribus ab inteſtato æqualiter, niſi ſi quis eorum iam ante ab eo, de cuius hereditate quæritur, aliquid accepit, quod conferendum ſit, vel ante deducendum, veluti dotem profectitiam, donationem propter nuptias, &c. de quibus dixi *ad tit. de inoffic. teſtam. ſupra.* & vide *D. & C. tit. de collat.* vbi maximè *in l 3. l. pen. & vlt.*

Concluſio 10. Quod ſi etiam quidam inter liberos, accepta à patre dote vel donatione propter nuptias, quæ non ſufficiat legitimæ portioni, futuræ ſucceſſioni renunciarint, addito etiam iureiurādo, ii ampliùs non ſuccedunt. *l. quamuis de pact. in 6.* Quæritur, quid ſi ſine iuramento renunciarint? Reſpond. noſtri, pacta de futura ſucceſſione eſſe contra bonos mores, & non eſſe rata. *l. vlt. D. de ſuis hered. l. 4 C. de inutil. ſtipul. l. pacta dotal. C. de collat. l. pacta pro dotali. C. de pact. l. ſi quando. §. ſi illud. C. de inoffic. teſtam.* Hæc igitur de ordine primo deſcendētium.

Iam verò, ſi Titius, de cuius ſucceſſione quęritur, liberos ex ſe non relinquit, vocantur parentes, vt ſupra dixi; eſtq; hic ordo ſecundus. In hoc ordine ſecundo ſit nunc cōcluſio prima. Hic quoque iam nullum eſt diſcrimen patriæ poteſtatis, emancipationis, ſexus, natiuitatis, vt & ſupra in liberis, *d. Nou. 118 c. 2* De naturalibus quoque liberis, de ſpuriis vulgò conceptis, idem dic, quod ſupr. immutato ordine ſucceſſionis, nimirū naturalibus pater non ſuccedit, niſi in duabus vnciis, ſed ſuccedit mater. Spuriis vulgò conceptis incertus eſt pater, ideoque & hic mater tantùm ſuccedit. *infra de SC. Tertull. § fin. & Nou 89.* Adoptionum iam rarior eſt vſus; ſed tamen, ſi Titius defunctus patrem adoptiuum habeat, nec is excluditur. Et de hoc conſule D. Melchiorem Kling. qui de eo benè.

Concluſio ſecunda. Parentes ita ſuccedunt, vt habeatur hic ratio graduum, id eſt,

modo in adoptantis ius & familiam transeat: Atqui tamen adoptatus filius etiam parenti naturali succedit nunc, *l. 9. & 10. C. de naturalib. liberis, Nou. 98. § filiũ verò. §. relinqui igitur, infra hoc nostro tit. §. sed ea omnia. & d. Nouell. 118. cap 1.* Cætera de varietate liberorum infra subiiciam. Nunc prius ad alia.

Conclusio secunda. Liberi siue descendentes ita vocantur, vt gradus cognationis hic non attendatur: siquidem remotiores non excluduntur à proximioribus, nempè admittuntur cum filio alterius filii nepotes, &c. iuxta *d. §. cum filius. infra tit. nostro.* Nam dixi; quæ non sunt emendata, ea ex iure antiquo valent, & ad hoc semper allegatur is §. ideoque benè discendus.

Conclusio tertia. Sed tamen si ipsi liberi primi gradus soli succedunt, in capita diuidunt hereditatem: quod si cum iis remotiores, vt nepotes, &c. concurrant, fit diuisio in stirpes *d. §. cum filius. infra nostro tit.* & dixi latius ad locum de 12. tabulis, conclusione itidem tertia.

Quarta conclusio. Post liberos primi gradus, i. e. iis non extantibus, semper hereditas in stirpes diuiditur, & si ex duobus filiis nepotes extent impari numero, puta, si ex altero filio supersint nepotes 2. vel 4. hereditas in duas æquales partes diuiditur; vt infra ad text. explicabimus. *d. §. cum filius. & § fin.*

Nunc reuertimur ad locum de variis liberis, de quo cœperamus monere conclusione prima. Quinta igitur conclusio est; naturales tantum liberi matribus saltem succedunt, id est, in bonis maternis. Sed & hic excipitur, si sit mulier illustris dignitatis, eaque liberos legitimos etiam habeat; nam tunc naturales tantum excluduntur. Quam legem dicit Iustinianus se pudicitiæ dedicasse, quæ præcipuè à magnis & illustribus excolenda est. *l pen. Cod. ad SC. Orfic. & infra eod. illo tit.* Quod ad patrem attinet, ii liberi naturales si soli sint, definitã tantum quantitatem accipiunt, id est, duas vncias, sextam hereditatis partem cum matre, si superstes est, in capita diuidendam, puta ex 6000. accipiunt 100. cum matre. Quod si alii liberi iusti & legitimi extent, nihil accipiunt, sed ab his iustis liberis aluntur, id est, dabuntur iis saltem alimenta ad necessitatem. *Nouell. 89.*

Conclusio sexta. Liberi ex vetito & planè improbato incestoque coitu nati ab omni successione excluduntur. *d. Nouell 89.* Quod ipsum Iustinianus dicit se constituisse amore casti cõiugii & odio illegitimarum coniunctionum, vt pulchrè in alia *Nouell. 74.* Alimenta tamen ex æquo & bono iis etiam debentur liberis. Neque enim liberorum culpa est. Notatur in c. cum haberet, extra, de eo, qui duxit in vxorẽ, quam polluit per adulteriũ. De spuriis vulgo conceptis, quod ad patrem attinet, non est necessum disputare, cum pater incertus sit. Et hæc de varia conditione liberorum, addatur etiam septima.

Septima conclusio. Cum liberi existunt diuersi matrimonii, breuiter & summatim sic respondetur, maternos liberos succedere parentibus maternis non paternis & è contra, hoc est, liberi mulieris ad vitrici, & liberi viri ad Nouercæ hereditatem non pertinent. De quo vide *in l. affinitatis C. communia. de success.*

Sed nunc de alio capite, & est conclusio octaua; cum defunctus reliquit liberos & vxorem, aut defuncta liberos & maritum. Respondent in hac succincta traditione, adeoque etiam in loco obscuro sic: Quod hoc casu maritus & vxor inuicem non succedant, sed potius liberi succedant parentibus; ita tamen, vt viuenti parenti quoad viuit eorundem bonorum vsusfructus concedatur, liberorum sit proprietas; nisi tamen aliud etiam quiddam conuenerit pactis dotalibus. Ergò quod vsitate dicitur: *Soluto matrimonio dos vel etiam donatio repetitur,* habet hanc exceptionem; nisi liberi nati sint siue

extent.

extent. Et olim fuit etiam retentio dotis propter liberos, *vt C. de rei vxoria act.* Hocque iure nos nunc vtimur, vide Oldendorp. *in classib. classe 4. act. 26. ad fin.* Et conuenit in ſumma hoc totum ius concluſionis octauæ ad ſimplicitatẽ naturæ, qua fit, vt inter coniuges debeat eſſe quædam communio, vt & aliorum, ſic & bonorum, vt liberi parentum bona habere ex iis, iique parentibus etiam ſubeſſe debeant. Qua de re, vt ſpero, fideliter recteque dixi *ad tit. de nupt.* & oſtendit definitio Nuptiarum apud Modeſtinum, vt ibi expoſuimus Et cum hoc videntur etiam conuenire ipſæ leges Romanæ. Sed fuit & eſt tamen hoc ius omninò varium, vide *C. tit. de ſecundis nupt. & quæ ibi addantur. item Nou 22 ſiue Authent. de nuptiis. cap. 3. cum ſeq. Nouell 98 & Nou. 127.* Huc etiam pertinet, quod Iuſtinianus alibi ſcribit: *Si quis locupletior vxorem indotatam vltrò duxiſſet, tũc cum filiis & liberis ſucceſſuram vxorem certa parte, nimirum quarta, ſi ſunt tres vel pauciores liberi; Sin plures, in virilem portionem; ſed tamen habituram præcipuè ſua tãtum portionis vſumfructum.* De quo vide *Nou. 57. cap. vlt. Nou. 117. c. 5. & Auth. vide C. tit. vnde vir & vxor adſcripta & quæ ibi latius traduntur.* Sanè tamen, quoad maritum & vxorem, adhuc lex videtur iis non tantùm dotis vel donationis vſumfructum dare, ſeruata liberis proprietate, ſed etiam virilem portionem in proprietate, vt tantum habeat coniunx ſuperſtes, quantum vnus liberorum. *Nouel. 23. c. 7.* Et ex his fortè quædam aliter atque aliter venerunt in mores apud varios populos & gentes. Iam verò, ſi ſoluto matrimonio ſuperſtes ad alios nuptias tranſit (vbi prætermitto caſum nõ obſeruati temporis luctus; de quo latè *in d. Nou. 127. de nuptiis.*) placuit tunc ea portione priuari. *d. Nouell. 127.* Sed ex ſuis bonis non plus ſecundæ coniugi debet relinquere, quàm relinquit vni liberorum primi matrimonii, cui ad minimum relinquit legitimam. *l hac edictali. C. de ſecund. nupt. d. Nouell. de nupt. cap. 8.* Quid de viro & vxore, ſi ſoli ſint, dicendum ſit, audiemus poſtea.

Concluſio nona. Succedunt autem liberi patribus & matribus ab inteſtato æqualiter, niſi ſi quis eorum iam ante ab eo, de cuius hereditate quæritur, aliquid accepit, quod conferendum ſit, vel ante deducendum, veluti dotem profectitiam, donationem propter nuptias, &c. de quibus dixi *ad tit. de inoffic. teſtam. ſupra.* & vide *D. & C. tit. de collat.* vbi maximè *in l 3. l. pen & vlt.*

Concluſio 10. Quod ſi etiam quidam inter liberos, accepta à patre dote vel donatione propter nuptias, quæ non ſufficiat legitimæ portioni, futuræ ſucceſſioni renunciarint, addito etiam iureiurãdo, ii ampliùs non ſuccedunt. *l. quamuis de pact. in 6.* Quæritur, quid ſi ſine iuramento renunciarint? Reſpond. noſtri, pacta de futura ſucceſſione eſſe contra bonos mores, & non eſſe rata. *l. vlt. D. de ſuis hered. l. 4 C. de inutil. ſtipul. l. pacta dotal. C. de collat. l. pacta pro dotali. C. de pact. l. ſi quando. §. ſi illud. C. de inoffic. teſtam.* Hæc igitur de ordine primo deſcendẽtium.

Iam verò, ſi Titius, de cuius ſucceſſione quęritur, liberos ex ſe non relinquit, vocantur parentes, vt ſupra dixi; eſtq; hic ordo ſecundus. In hoc ordine ſecundo ſit nunc cõcluſio prima. Hic quoque iam nullum eſt diſcrimen patriæ poteſtatis, emancipationis, ſexus, natiuitatis, vt & ſupra in liberis, *d. Nou. 118 c. 2* De naturalibus quoque liberis, de ſpuriis vulgò conceptis, idem dic, quod ſupr. immutato ordine ſucceſſionis, nimirũ naturalibus pater non ſuccedit, niſi in duabus vnciis, ſed ſuccedit mater. Spuriis vulgò conceptis incertus eſt pater, ideoque & hic mater tantùm ſuccedit. *infra de SC. Tertull. § fin. & Nou 89.* Adoptionum iam rarior eſt vſus; ſed tamen, ſi Titius defunctus patrem adoptiuum habeat, nec is excluditur. Et de hoc conſule D. Melchiorem Kling. qui de eo benè.

Concluſio ſecunda. Parentes ita ſuccedunt, vt habeatur hic ratio graduum, id eſt,

prior gradu excludit remotiorẽ; nec interest, pater an mater sit, nimirum extante patre non admittitur maternus auus, matre fortè mortua, *d. Nou.118. c. eod.*

Tertia conclusio. Inter parẽtes succeditur in lineas, q; sic accipe, extantib. patre & matre, ex æquo quidem ii succedunt; sed si extent hinc auus paternus, istinc maternus auus & auia, semissem accipiunt paternum, & alterum semissem maternum; & sic non fit diuisio ista in capita, id est, in tres partes æquales *d. loco c.2.*

Quarta conclusio. Cum ascendentibus tum proximis admittuntur & concurrunt fratres & sorores germani vtrinque coniunctis, & nunc in capita diuiditur hereditas, quod ita accipe, si extãt pater & mater & frater, tres fiunt partes, & succedunt æqualiter. Quod si extant pater & duo fratres, eodem modo fiunt tres partes. *d. loco c.2.*

Quinta & vltima conclusio. Imò verò ex alia recentiori adhuc Nouella *nempè Nouell. 127. c. 1.* etiam fratrum, sororum, eiusmodi defunctorum filii admittuntur cum iisdem parentibus, ita, vt ii, si plures sint, vocentur in stirpes. Verbi gratia: Si Titius mortuus post se relinquit patrem & matrem, fratrem germanum vnum, alterius fratris tres filios, diuiditur hereditas in quatuor partes, quarum pater vnam, mater alteram, tertiam frater, & quartam alterius fratris tres liberi accipiunt. Sic Iustinianus *in dict. Nouell.127.* Et hæ sunt conclusiones ordinis secundi. Sed non est ea res vsque adeò expedita.

Quæri autẽ potest, vt video, anne etiam quidam collaterales ascendentibus antefe-rantur? nimirum, si fratres & sorores cum proximis parentibus admittuntur, an ne remotiores parentes excludant? &c. Resp. Et licet obscurior est hic textus, ita tamen videtur ex iusta consequentia. Vide glos. *in d. Nouell.118. & in Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll.* Et sic post conclusionem quartam vel etiam quintam potest addi Sexta; nempè; quod fratres & sorores germani parentes remotiores excludant. Alii tamen cum omnibus parentibus eosdem fratres saltem admittunt, quod videtur probare Balduinus & Wolfg. Lösen *in suo tractatu.* Et, vt verum fatear, saltem cum aspicio textum *Nouell.106.* puto hanc sententiam veriorem, & sic conclusio nostra quarta pertinet ad omnes parentes. Sed tamen immutabitur hoc casu successio ascendentium, puta, si defunctus relinquit auum paternum, & auiam maternam, item fratrem, in capita diuidetur hereditas, quæ absque fratre in lineas esset diuidenda, vt diximus.

Iam ad ordinem tertium. Nam si Titius defunctus liberos parentesque non relinquit, tunc vocantur ad eam hereditatem propinqui à latere, vt fratres & sorores, qui etiam cum parentib. admittebantur, *vt sup. Nou 118. c.3.* Sit hic cõclusio prima correspõdens superioribus. Hic rursus imprimis nulla est differentia attinẽtiæ patriæ potestatis, & emancipationis, sexus, agnationis & cognationis, natiuitatis, *d. Nou.118 cap.3. & 4.* Adoptiuis tamen, vt & legitimationis, quæ fit aliter quàm per sequens matrimonium, hic nulla est vis & ratio. Sed & naturales fratres non succedunt legitimis, licet inter se succedant. Et de hoc vide diligentius D. D. Kling.

Conclusio secunda. Hic collaterales semper vocantur secundum prærogatiuam gradus, vt qui prior est gradu, sit prior iure succedendi; qui pari gradu, pariter succedat. De hoc iterum postea.

Tertia conclusio. Hic semper fit successio in capita, nisi in speciebus, vt sequitur.

Quarta conclusio. Quando igitur primo loco vocantur fratres & sorores, est tamen hic distinctio inter ipsos fratres & sorores ista, quòd primum locum obtinent fratres & sorores germani, id est, vtrinque coniuncti. His verò non extantibus vocantur iam simul & coniunctim fratres & sorores.

rores vterini & conſanguinei. Sed vterini ad bona materna; conſanguinei ad bona paterna; ad ea verò, quæ ipſe ſibi acquiſiuit defunctus, vtrique. *d. Nouell. 118. cap. 3 & Nou 48.*

Quinta concluſio. Cum his tamen fratribus admittuntur cum ſimili diſtinctione fratrum & ſororum filii filiæue, id eſt, cum ſuis propriis θείοις, ſuccedunt ii in ſtirpes. *d. Nou 118. c. 3. §. ſi à defuncto.*

Sexta & vltima concluſio. Poſt hos demum promiſcuè à latere & ſine diſcrimine vocantur quicunque fuerint proximiores gradu, idque in decimum vſque gradum, *d. Nouell. 118. & argumento §. fin. infra tit. 5* Porrò hic iam incidit dubitatio ex ſuperiori concluſione quinta; an fratrum filii, qui cum ſuis θείοις vocantur, ſi ſoli ſint, excludant alios in pari gradu? Quod ſanè conſequens eſt ex prædictis. Verbi gratia: Titius defunctus relinquit poſt ſe fratrem vnum, & alterius fratris filium, itemque patruum. Fratris filius admittitur cum fratre, id eſt, cum ſuo patruo; excluditur tamen patruus defuncti, quamuis defunctum attingat eodem gradu, quo fratris filius, nempè tertio. Iam quæritur, quid ſi Titius defunctus fratrē non reliquerit, ſed aliē fratris filium & patruum, an fratris filius Titium excludat? Quem ſanè excludit, ſi cum fratre Titio concurrat. Hoc, vt dixi, videtur dicendum. Et ſit ergò ea regula: *Qui prior eſt gradu, potior eſt iure ſuccedendi, & qui pari ſunt gradu, pariter ſuccedunt.* Poſt fratrum filios demum & ſic poſt tertium gradum incipiunt; & hoc eſt, quod admonui in concluſione vltima. Ecce defuncti fratris filius vincit defuncti patruum. Quare? cum tamen regula habeat: *Qui prior eſt gradu. &c.* Reſp. quia nondum quæritur, quis ſit proximus gradu. Hæc ſubtilia quidem ſunt, ſed tamen benè notanda.

Deinceps, ſi Titius propinquos nullos in decimo gradu habet, quam prætor tribuit ſucceſſionem viro & vxori, eam Imperatores etiam probant. *l. 1. D. quis ordo in bon. poſſ. l. 1. D. ſi tabul. teſt. nulla extant. & C. tit. vnde vir & vxor.* Ideoque ſi ſoli ſuperſint vir & vxor, id eſt, ſine liberis propriis, niſi tabulæ extant, & pacta dotalia, vides eos ab aliis omnibus cognatis à parentibus & propinquis excludi. Quid tamen de coniuge paupere ſtatuerit Iuſtinianus, ſupra indicauimus, & habes in Authen. *ad d. tit. C. vnde vir & vxor.*

Poſt hos porrò omnes bona cenſentur vacantia & fiſco cedunt. Et hæc ſumma eſt iuris noui, quo vtimur. Cætera, quæ ad locum hunc de ſucceſſione ab inteſtato accommodari debent, de iure aditionis, de iure deliberandi, &c. repete ex capite de ſucceſſione teſtamentaria, vbi diximus.

Iam & ab hac ſumma ſucceſſionis ab inteſtato, nec ſucceſſio in bonis nobilibus ſiue feudalibus (de quibus teſtamento liberè diſponi non poteſt. *lib. 1. feud. tit. 8. de ſucceſſione feudi*) admodum diſcrepat, niſi, vt breuiter multa dicamus, quod regulariter (de his enim dicimus, quæ regularia ſunt) hic non ſuccedant fœminæ, nec liberi naturales aut adoptiui, nec aſcendentes, nec à latere cognati tantùm, nec itidem vir & vxor, nec fiſcus etiam; verùm, ſi Titius defunctus nullos poſt ſe relinquit heredes feudales, tunc feudum reuertitur ad dominum, quod dicunt feudum acquiri domino. Vide de his *lib. 1. feud. tit. 1. §. hoc autem. cum §. ſeq tit. 5. & tit. 8 item lib. 2. tit. 11. lib. 13. tit 26. § adoptiuus. & § naturalis, item tit 50.* Fortaſſis tamen & hoc diſcrimen eſt notandum, quod hic liberi non ſemper ſuccedunt æqualiter, vt docet tamen *tit 8. lib. 1.* ſed ſæpè habeatur ratio primæ geniture, vt maior natus præferatur, quod ſcribit Federicus de feudo regali *tit. 55 §. præterea lib 2. feudorum.* de quo in aurea Bulla Carol. IV. *cap.* von der Chur fürſten Nachkommen wegen. Quod vocant tantùm maſculos & agnatos, rationē habet, q credendum ſit, *fortes creari*

fortibus, vt ille inquit; & *bellorum necessitas peperit feuda*. Porrò huic iuri iam recitato si statutis aut consuetudinibus derogatum sit, vt sunt sanè de hac re prçsertim magnæ vbique differentiæ, id obseruandum est in foro & in loco, in quo versamur. Sic ius nostrum Saxonicum multum differt, quod deinceps etiam conferemus cum his nostris conclusionibus, vt differentias indicemus sanè generales & regulares. Sed ad conclusiones. Conclusio prima hoc quoque iure rata est, saltem tamen in persona defuncti, item in bonis quædam est differentia. Nam mortuo patre suo patri succedunt liberi quidē çqualiter; At mortua matre fœminæ solæ accipiunt mundum muliebrem ac cætera vtensilia, & supellectilem mobilem, de quo *lib. 1.* Landtrecht *artic. 5. &c.* & alibi multis locis notatur, & vocant vulgò die Geràde / ad quam quæ pertineant, habes *in art. 24. vbi latius notatur, item in cap. quodam* hinder dem Sachsenschein. Porrò verò eodem etiā modo viri siue liberi agnati accipiunt soli res expeditorias, vulgò das Heergewehr Sanè si defunctus fuit nobilis siue ordinis militaris. *art. 27. lib. 1. & art. 15. lib 3.* & quæ ad hæc bona pertineant, docet *art. 22. lib. 1.* Nonnunquam etiam non nobilis pro more loci habet, quæ vt res expeditoriæ accipiuntur, vt cum à rusticis accipitur optimus equus. Notatur *in d. art. 27. lib. 1.* Hic etiam illud notandum, hanc ipsam, quam vocant Geràde / ad nullos alios deuolui, quàm ad filias siue liberos fœminei sexus cognatos tantū, vt & res expeditoriç ad agnatos tātum pertinent, *d. art. 28. lib. 1. & art. 15. lib. 3.* Qui heredes si non sint siue nō extent, tunc ea bona potiùs ad alios propinquos agnatos & cognatos tātum deuoluuntur, nempè die Geràde der nächsten Mumen / *d. loco. lib. 1. & lib. 3.* Qui heredes si etiam nulli extent, cedunt illa bona ærario & fisco. *d. art. 28. vbi latius notatur.* Apertè dico eo casu, si extent tamen liberi, omnium esse iniquissimam eam legem; & sanè in alio argumento, vidit Iustinianus cōtra naturam talia esse. Quid peccauit mulier, quæ non filios, sed filias tantùm peperit? Vide *infrà tit. 3. §. sed nos.* Et videant benè Magistratus, qui huiusmodi leges admittūt crudeliter ad suam luxuriem, an nonne sit illis etiam dictum, quod Amos Propheta minatur Iudicibus, c. 2. *Quod vinum ex mulcta damnatorum bibunt.* Nota tamen, eam geradam, quæ mortua vxore cognatæ è latere datur non extantibus liberis fœminis, non tam multa continere, quàm cōmuniter continet die Geràde / & vocāt die Mittelgeràd / de quo *lib 3. artic. 38.* vbi pulchra glossa. Et hæc de conclusione prima.

Conclusiones 2. 3. 4. 5. 6. & 7. non variāt. Quod ad 8. attinet iure Saxonico mortuo marito vxor cum liberis succedit accipiens geradam sine hereditate, item cibaria domestica, vulgò Mußtheil / vide *d. art. 24. lib 1. item 22. lib. 1. & art. 76 lib. 3.* Vsitatum tamen & hoc est, vt non accipiens geradam succedat in hereditate certa ex parte Drittentheil / alibi Halbtheil / alibi etiam Kindtstheil / das man nennet frewliche Gerechtigkeit / vide hinder dem Sachsenspiegel das Leipzisch Vrtheil. *Tit.* von Succession auff Erbgüter. Mortua verò vxore maritus cum liberis succedens accipit mobilia omnia, was vber vnd neben die Geràde ist / *lib. 1. art. 21. & art 76. lib 3.*

Conclusiones 9. & 10. nō variant. Porrò, quoad vxorem relictam, quidam addunt, eam, quando in hereditate certa ex parte non succedit, præter geradam & partem ex cibariis accipere etiam dotalitium suum, *d. artic. 24. lib. 1. & artic. 76. lib 3.* Hoc nominat ius Saxonicum die Morgengab. Aliquando etiam additur, quod accipiat dotē suam, item donationem propter nuptias; sed vbique tamen vetterunt die Morgengab. Et quid sit in hac re, & cōtineatur in hac voce, & donatione, consule Landrecht / *in fine tit.* was zur Geràd ꝛc gehört. Et hoc maximè pertinere aiunt ad relictam viri nobilis & militaris. His etiam illud addo, quosdam notasse

notasse, geradam non tribui ex successione fœminæ plebeæ. Sed tamen semper textus loquuntur indistinctè, & alii aliter docent; communiter & vsus recepit cõtrarium. Hæc de conclusione octaua. Nona & decima non variant.

Iam de ordine secundo parentum, quem & Ius Saxonicum habet, & sic collocat. Hic quoq; conclusio prima non variat; sic nec secunda, nec itidem tertia. Quo ad quartam, illa Iure Saxonico non habet locum, quando eo Iure cum ascendentib. non admittuntur collaterales, sed quam diu existunt ascẽdentes, siue parentes, excluduntur collaterales; de quo vide *lib. 1. Landtrecht/art. 17.* & ibidem additionem, quæ articulum dubium declarat. Quinta etiam conclusio nostra in ordine ascendentium Iure Saxonico non obtinet.

Succedit tertius ordo propinquorum à latere, qui Iure quoq; Saxonico hoc eodẽ loco vocantur. Atq; hæc conclusio prima non variat, nisi quod prę feratur, ꝙ iam ante monuimus, cognati in Gerade, & agnati in Hergewehr/ vel in rebus, ad exemplum quoddã, bonorum feudalium. Conclusio secunda & tertia tota prorsusq; vera est, vt & quarta obtinet. Sed quia secunda & tertia simpliciter valent, quinta valere & subsistere non potest; & ꝓpterea etiam sexta venit in dubium, an Iure Saxonico statim valeat regula collateralium? *Qui prior est tempore potior est Iure, qui pari sunt gradu, pariter succedunt.* Et in his magna oritur difficultas *ex art. lib. 1. 3. & art. lib. 2. 20.* Videamus eam rem totam. Et sic sentio admonitus è textibus. Etsi, vt iam dixi, Iure Saxonico fratrum liberi vna cum fratribus non admittantur, de quo fuit conclusio nostra quinta: tamẽ hoc receptum est, vt saltem cum fratribus & sororib. vterinis & consanguineis, id est, halber Geburt/ admittantur fratrum & sororum vtrinque coniunctorum filii ac filiæ *d. art. 20. lib. 2.* Sed quæritur, quando hoc, cum, vt diximus, ius repręsentationis in hoc ordine collaterali Ius Saxonicũ non admittat, quod docet text. *art. 3. lib. 1. Item art 17. eod. lib.* quando (inquit textus) in hereditate collateralium percipienda nõ adest frater & soror, tunc ꝓximiores aut æquales in gradu ad hereditatem vocantur. Vides manifestè cum fratrib. neminem vlteriorem gradum admitti, nec quidem in locum sui parentis, quod est ius illud repræsentationis. Et sic sentiunt omnes Interpretes, & habent etiam alibi textus. Quomodo igitur superior casus verus esse potest, vt fratrũ vtrinq; coniunctorum filii ex tertio gradu admittantur cum fratribus vterinis in secundo gradu? Ex quo simul hoc existit incõmodum, quod ali⁹ locus docet, post fratres & sorores vtrinque coniunctos valere regulam: *Qui prior est gradu, &c.* verbi gratia: Fratris filius est in gradu tertio: Patruus itidem in gradu tertio: Ergo pariter admittentur. Alius locus econtra docet: Post fratris nempè germani filios primũ ponendam esse eam regulam, & sic patruus à fratris filio excludetur. Et de huiusmodi cõtrouersia exceptum ius supra ex iure cõmuni inuenimus. At hoc loco in Iure Saxonico varium & incertum ius nascitur *ex art. 3. lib. 1.* magnaq; est pronunciantiũ varietas, vt breuibus ea indicari non possit. Alii igitur, vt saltem de re proposita dicam, cum fratris filio solo admittunt patruum; alii sic pronunciãt, vt ab eo etiam excludatur patruus. Et nascitur infinita varietas, præsertim cum alii eum locum *art. 3. lib. 1.* Ist ein zweyung/ so schreiben sie fort in ein ander Glied/ generaliter intelligant; quod aliis non placet. Ex sic ex vno textu aliter intellecto tacita est diuersitas ꝓnunciantium, & plura adducuntur cõtra ius commune. Ego, si ita placet, pro meo tenui ingenio horum textuum certũ aliquem intellectum non ita vulgò varieq; a iure communi descendentem aperire studebo. Si hæc non placent, vellem tum alium certum quid & constans afferre, cui etiam maximas agerẽ gratias. Sic sentio, & sic ius illud Saxonicum intelligo, antinomiamq; dissoluo. Ius Saxonicum in ordine hoc tertio non admittit repræsentationem, sed vocat ad successionem

ex gradu pari. Et quidem post fratres vtrinque coniunctos, ex pari gradu vocat, id est, tertio. Hunc autem gradum appellat primũ, nempè, quo ad successionem. Et quia nunc primùm valet regula illa laudatissima: *Qui prior est gradu, potior est iure, &c. qui pari sunt gradu, pariter succedunt.* Iam verò, quo ad articulum vigesimum sic addo: Atqui tertio isto gradui adiicit ius Saxonicum fratres & sorores vterinos siue consanguineos, eosque etiam diceremsolos in gradum istum remotiorem reiici; & sic quàm minimum recedetur à iure communi, ex cuius fontibus & textibus fortè etiam in varias sententias distractis hoc ius Saxonicum consutum esse constat. Ergo cum fratrib. vterinis & consanguineis admittũtur fratrum & sororum germanorum, id est, vtrinq; coniunctorum filii & filiæ, non iure repræsentationis, sed quia eodẽ sunt gradu, nempè tertio. Vnde & quæsitum est, quomodo illi fratrum filii succedant? Et aiunt in capita, vt & Lipsenses pronunciant; vide quæ notantur *in d. art 17. litera E.* Sanè iure repræsentationis succederent in stirpes. Hæc mea est sententia de hoc difficilimo loco; relinquo cuiquam suum iudicium. Porrò, quod ius Saxonicum non admittit repræsentationem, iam ante comprobatum est, quod post fratres vocat eos, qui sunt pari gradu: Ex eo etiam consequitur, & disertè habent id ii textus *art. 17. lib. 1. &c.* Quod fratris filii tertio gradu sint, res ipsa ostendit, vt postea videbimus. Quod iis in successionib. apud istos, id est, iure Saxonico primo gradu collocantur, docet *art. 3 lib. 1.* Cur sic placeat numerare diximus. Quod gradui tertio (quidam faciunt primum) adiungantur diuisi fratres, licet videre ex ipso textu *artic. 10. & art. 20. item in gl. ss. iuris Saxon. in regulis successionis.* D. Tamman Bocksdorff / *apud Chil.* Kenig / *in regulis successionum,* Georgii Rohtschütz Cancellarii Fribergensis, *& in regulis* Wolffg. Lösen Cõsulis Friburgensis, quamuis aliàs sanè vix vnus cum alio perpetuò consentiat & conueniat, ita vel vnus ille art. *3. lib. 1.* in diuersas sententias trahitur. Vnde aliter Magdeburgenses, aliter Lipsenses, aliter alii respondent & pronunciant. Postremò, quod de reiiciendis propinquis non vtrinque coniunctis in remotiorem gradum non debeat esse regula vniuersalis, disertè scribit prædict. Wolffgang. Lösen, & ostendit glossa iuris Saxonici verius esse; etsi consuetudine contrarium hodiè inualuerit, vt prædictus D. Tamman annotauit id obseruari in praxi iuris Saxonici. Sed sanè ita nimium læditur ius commune, non dico nunc de æquitate, & alii aliter pronunciant, vt Scabini Magdeburgenses. Notatur *d. artic. 20.* Ex his igitur iam dictis liceret animaduertere, vbi, quid & quantum differat hic ius Saxonicum à Iure communi & Ciuili.

Nunc amplius, quo ad conclusionem sextam, cum dicimus à latere propinquos vocari in gradum vsque decimum, videtur hic extare etiam quædam diuersitas, cum iure Saxonico propinqui saltem ad septimum vsque gradum vocentur *d. art. 3. lib. 1.* Sed reuera nihil admodum est discriminis. Nam, vt illi numerant, quem constituunt in gradu septimo, Iure Ciuili erit in decimo vel nono. Ecce, si mihi fratris vel sororis filius in primo est gradu, (vt ipsi) sequitur sororis meæ trinepotis filium in septimo mihi esse gradu, qui tamen reuera in gradu nono est. Interim vtcunque ius Saxonicum sic numeret pro ratione successionis, vt & ius Pontificium alia ex causa aliter; reuera tamen aliter gradus numerari non possunt, quàm postea numerauit Imperator in textu. Et hoc Scioli isti imperiti, qui ex Commentariis tantùm sapiunt, non intelligunt. Et hæc etiam de ordine tertio.

Post hos vir & vxor etiam succedunt ex iure Saxonum, de quo vide *artic. 28. lib. 1 & artic 80. lib. 3. vbi notatur.* Succedit tum etiam hic suo loco fiscus *d artic. 28 & 80.*

In successione feudali magis conuenit Ius Saxonum cum Ciuili, de quo supra. Hoc tamen

tamen notetur, isto iure præcipuè filiabus ex bonis feudalibus aliqua deberi, nimirum commoda & honesta alimenta, &, vt ipsi scribunt, ehrliche Auffenthaltung / vnnd letzlich auch ehrliche Außstattung / & ita pronunciant, vide ad finem Weichbildt / *tit.* wie die Töchter auß dem Lehen sollen bestattet werden / & *in fine lib.* Landtrecht / *tit.* von Theilung der Brüder vnd mittgifft der Schwester auß dem Lehen. Imò hoc quoq; iure vxor ex feudalibus accipit, & relinquit mater geradam. Habet etiam amplius vxor iure feudali vsumfructum jhr Leibgeding / vide iterum *in fine libri* Landtrecht / *tit.* was zur Gerade / Morgengab gehört. *itē in fin.* Weichbildt / *titul.* von Geräde / Morgentheil / Mußtheil / rc. vide etiam *in lib.* Lehenrecht / *cap. 71.* Et nota pulchrum textum *in cap. nuper. extra, de donat. inter vir. & vxor.*

Hactenus igitur de iure generali Saxonic. & Landtrecht. Si quid iterum inter alios atq; alios in hac ipsa prouincia differat iuxta lib. Weichbildt / Magdeburgisch / rc. Recht / item statuta varia Oppidana, id suo loco obseruatur.

Nunc ad textum, vbi tantùm necessaria, & ad rem pertinentia addemus, nec semel dicta & exposita repetemus, quæ ad Iuris vsum & fori non pertinent. Sufficiat obiter & succisiua opera explicare. Quæ aliarum artium sunt, apud proprios Auctores discantur.

§. 5. Ita demum tamen nepos, &c.

Quæstio siue casus: Titius moritur, relinquit post se filium & ex eodem filio nepotē, an nepos cum filio, id est, filius cum patre ad hereditatem vocentur? Resp. Non eum esse intellectum legum 12. tabul. sed debet id intelligi iuxta §. *cum filius*, qui sequitur.

§. 7. Interdum autem licet, &c.

Hic nota præcipuè, propter grauissimum & maximum illud crimen læsæ Maiestatis, quod est crimen perduellionis, etiam liberos Rei puniri & hereditate paterna priuari; de quo *in l. quisquis 5. C. ad leg. Iul. Maiest.* Ea igitur hereditas fisco applicatur, nempè, bona caduca, bona damnatorum ad fiscum deuoluuntur. Et habes hic illud: *quod aufertur indigno, applicatur fisco*, vide *l. Papinianus. 8. §. meminisse, D. de inoffic. testament.*

§. 8. Cum filius, filiave, &c.

Proponitur nunc insignis ille §. de successione descendentium in impari gradu, nempè, cum filio admittuntur alterius fratris præmortui liberi. Nec ideò excluduntur, quòd sint gradu remotiores. Et de hoc scribit æquum esse, vt hi in locum patris sui succedant, nimirum, descendentibus ex nobis ipso Iure, & ita debetur hereditas; vt iam statim natis liberis inter eos diuisa esse videatur hereditas. Et quando liberi personam parentis videātur referre, oportuit etiam nepotes locum sui parentis subintrare, quod & Vlpianus scribit *in l. r. § si filii. D. de suis & legitimis.* Et illud: *Si filius, ergo heres*, Hostiensis etiam pro æquitate in descendente adduxit, & citat gloss. iuris Saxon. *art. 17. lib. 1.* Sed nunc quæritur, quomodo in hoc ordine succedant nepotes cum filiis? Et quidem è prædictis consequens hoc est, vt in stirpes succedant, id est, vt nepotes in eam partem succedant, quam habiturus fuisset is, si superuixisset, in cuius locum ipsi succrescunt. Verbi gratia: Defunctus relinquit superstites filium vnum, & alterius filii præmortui nepotes tres. Igitur hereditatem inter se in stirpes diuident. *Ita h & in l. 3. Cod. de suis.* Fuitque hæc semper constans sententia Iuris. Sed iam disputant Interpretes, quousque hæc repræsentatio, id est, vt cum proximioribus admittantur alii remotiores, locum habeat? Et plerisque visum fuit, saltem vsque ad pronepotes, iuxta hunc textum. Sed conuincuntur ratione, & manifesto ibidem textu *infra eodem §. fin.* Occurrit etiam dubitatio ex tali casu: Si quis moritur,

moritur, & post se relinquit nepotes ex filio duos, ex altero filio pronepotes tres, an & hi cum istis succedant? Et docet textus, sic accipi debere sententiam iuris, vt succedant. Atq; hæc successio in stirpes etiam locum habet, etsi pronepotes non cum proximis, sed cum remotioribus conferantur, puta, si superstit filius & alterius filii pronepotis. Sic itaque lex intelligenda est. Illud adhuc quæritur, quo casu in pari gradu extant filiorũ liberi, puta, ex duob. filiis nepotes, ex altero duos, ex altero verò quatuor, an nihilominus in stirpes succedant? Et ita succedere docet idem hic text. *in fin. & l. 2. C. de suis.* Et hoc etium Iure Saxonico obtinet, & pronũciant ita Lipsenses, licet imperiti veritatis ausi fuerint in capita eos admittere, vt notauit Wolffg. Lösen. Ex hoc igitur loco & ex his fundamentis collocauimus supra ex Iure 12. tabular. in ordine primo conclusiones tertiam & quartam, & quæ habent ius perpetuum.

§. 11. Cum autem quæritur, &c.

Locum de suis heredibus amplius adhuc declarat. Sit hypothesis ista. Titius, qui habet filium, & ex eo nepotem, fecit testamentum, in eoque exheredato filio heredẽ alium scripsit. Mortuo testatore heres scriptus de hereditate adeunda aliquamdiu deliberat; interea moritur & filius exheredatus, & tum institutus etiam hereditatem eam repudiat; quæritur, quis sit futurus heres? Resp. Sanè ab intestato vocabitur, si quis est inter descẽdentes, isq; suus heres hoc iure. Is igitur est nepos, qui tempore facti testamenti adeoque mortis suus heres non erat. Ergo status §. est, quando omninò aspiciendum sit, quis sit suus heres, & ait, tum demum, cum constat hominem ab intestato mortuum. Sed quid, si is nepos viuo auo suo nondum sit natus? Ait, nihil obesse, nihilominus suum heredem esse, si modo eo tempore sit conceptus. Quid igitur, si viuo eo nõ sit conceptus? Ait, istum non esse suum heredem, & non succedere. Ratio, quia omnis successio defertur iure cognationis. Hic autem nec cognatus quidem est, nedum suus heres. Hic non possum præterire, quæ ex isto breui §. notari omninò debent. Et primum, exheredationem non tollere ius patriæ potestatis & sui heredis. Item, exheredatum testamento nihilominus heredem posse fieri ab intestato. Et deinde eos, qui post mortem nostram in familia nostra concipiuntur, propriè cognatos nostros non esse. Quæris, vnde ista colligam? Postremum disertè in textu est; sed intelligendum est, quoad successionem; & extat etiam *in l. item prætor D. de suis & legit hered. in l. Paulus. §. Paulus. D. de bon. libertorum.* Sed nota tamẽ, eum, qui ita excluditur, ex persona sui patris admitti, quasi ius parentis ipso iure ad eum transmissum sit; de quo *in l. 34 C. de inoffic. testament.* Et ita subtilitas hæc iuris emendatur; ita Angel. *hic*, & Ioan. Faber. Claudius Cantiuncula, & Baro, & alii. Et hæc de posteriori notabili. Cætera colligo argumẽto textus huius, nempè, qui vnum dicit, alterum, quod ei consequens est, significat, quod vocant argumentum à sensu intellecto, vel etiã à cõtrario sensu. Atq; hactenus prima enunciatio de suis heredibus; iam deinceps de emancipatis, & de aliis liberis non suis. Nos emendationem iuris noui supra aperuimus; de emendationib. prætoriis videbimus plenè *ad tit. de bonor. possess. infra.*

§. 15. At hi, qui emancipati, &c.

Iam de iis liberis, qui sunt adoptiui. Et, quo ad hos, non modò id quæritur, quid iuris illi habeant in bonis patris naturalis, sed etiam in familia adoptiua; idq; tam cõstante adoptione, quàm etiam ea dissoluta? Et de iure nouo iam diximus; cætera hic repetuntur, vbi & Iustinian. celebrem illam suã Constitutionem citat *in l. pen. C. de adopt.* de cuius argumẽto diximus *lib. 1.* Quod autem inquit, *neq; si ex SC. Sabiniano,* amplificationem habet, & hanc antiquitatem vide apud Theophilum.

§. 24. Item

§. 24. Item vetuſtas, &c.

Aliam nunc proponit emendationem circa liberos. Vbi nota imprimis, quæ adducuntur: *Vetuſtas,* inquit, *maſculorum progeniem plus dilexit*; quod & infra *tit ſequenti. §. cæterum*, habes; vbi additur, commodius viſum fuiſſe, ita iura conſtitui, vt plerumque hereditates ad maſculos confluerent, de quo Græcus Paraphraſtes hoc ſcribit: *Vtiliores ſe præſtare maſculos Reipublicæ, per quos maximè conſeruantur familiarum, & per conſequens ipſius ciuitatis & Imperii dignitates, honores & commoda.* Latinus Paraphraſtes etiam addidit, *vt familiarum illæ dignitates ſaluæ eſſe poſſint, deſiderari maiores facultates & diuitias* & citat illud Iuuenalis *Satyra 3.*

Haud facilè emergunt, quorum virtutibus obſtat
Res anguſta domi.

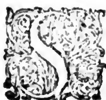
Sanè ad res magnas præſtandas magnum adiumentum ſunt opes & diuitiæ, quod & Ariſtoteles ſcribit *lib. Ethic. 1. cap. 8.* His igitur ex cauſis voluerunt ad maſculos potius confluere. Et Quinti cuiusdam Voconii rogatione factum eſt, vt fœminarum ſucceſſiones admodum coarctarentur, quod etiam ideo factum dicitur, ne fœminæ locupletiores factæ elatæ fierent, & ſe viris exæquarent; vt notauit Cuiacius *ad Iul. Paulum*, vide de hoc etiam Ariſtotelem *lib. Polit. 2. cap. 7.* Placuit etiam tale ius Legislatori Hebræorum, ſed alia fortaſſis ex cauſa & ratione; vide *Num. cap. 27. & cap. vltim.* Sed manſerunt quidem iſta in bonis nobilibus & feudalibus; in aliis poſtea aliud placuit; forte quod homines magis eſſent effœminati, aut quod moueret illa ratio & miſericordia, miſerum ſexum opibus eſſe ſaltem ſubleuandum, & vt benè dotatæ faciliùs inueniant maritos. Quamquam nonnullis viſum eſt commodius hoc ſancire, vt vxores ſine dote ducerentur; quo vel ſic poſſent viri ſeuerius matrimonia ſua coercere, quod ſcribunt de Lacedæmoniis. Sed de his alibi; vide & Iuſtinianum de Armeniis *in Nou 21.* Sanè Saxones omninò videntur in hac re & in ſucceſſionibus intentiùs fauiſſe fœminis, quod oſtendunt ea, quæ ſupra expoſita ſunt. Notarunt tamen hodiè quidam, factis ferè ſtatutis & priuilegiis eos redire ad iam dictum ius mediæ Iuriſprudentiæ, vt extantibus maſculis non ſuccedant fœminæ, ſed ſaltem contentæ ſint dote, quæ vice ſit petitionis legitimæ; vide Viglium *in §. ſed hæc quidem vetuſtas. ſupra, de exhered. lib.* item Angelum *in addit. in §. cæterum, infr. tit. ſeq.* Sed iam, quod ad ipſam cõſtitutionem attinet, audiuimus, 12. tabulas ita ſtricto Iure vſas eſſe, vt ſaltem vocarent ſuos heredes & agnatos. Inter hos autem, cum deſcendentes ex filiabus nõ fuit, ſequitur, etſi hi quoque inter liberos ſint, tamen ad hereditatem paternam non fuiſſe admiſſos, ſed excluſos, non modò ab aliis liberis, etſi remotioris gradus, ſed etiam ab agnatis à latere. Hanc duritiem emendarunt poſteriores leges; & hic recitatur Conſtitutio Theodoſii, quæ extat integra in C. Theodoſiano. Et fuerunt eius duo capita, quorum alterum, quo ad agnatos, Iuſtinianus iterum emendat *in l. vltim, C. de ſuis heredib.* Alterum ſaltem poſt aliquot annos, *Nouella 118.* quoque emendauit. Sed de poſtremò iure *ex Nouell. 118.* iam ante plenè diximus.

Et hæc de aſcendentibus, de quibus plura adhuc in SC. Orficiano *tit. 4. &c.*

* * *

DE LEGITIMA ADGNATORVM SVCCESSIONE.

TITVLVS II.



I nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes Prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad adgnatum proximum pertinet hereditas.

§. 2. Sunt autem adgnati (vt primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognatione coniuncti, quasi à patre cognati. Itaque ex eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt, & qui consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & inuicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis peruenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, iura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem: sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cùm certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.

§. 3. Per adoptionem quoque adgnationis ius consistit, veluti inter filios naturales, & eos quos pater eorum adoptauit. Nec dubium est, quin ii impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris adgnatis [tuis] veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptauerit aliquem, adgnatus inter tuos heredes esse non dubitatur.

§. 4. Cæterùm inter masculos quidem adgnationis iure hereditas, etiamsi longissimo gradu sint, vltro citroq; capitur. Quod ad fœminas verò [attinet] ita placebat, vt ipsæ consanguinitatis iure tantùm capiant hereditatem, si sorores sint, vlteriùs non capiant, masculi autem ad earum hereditates (etiam si longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat, tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita iura constitui, vt plerunque hereditates ad masculos confluerent.

§. 5. Sed quia sanè iniquum erat, in vniuersum eas quasi extraneas repelli, Prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur, ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neq; adgnatus vllus, neq; proximior cognatus interueniat. Et hæc quidem

lex

lex duodecim tabularum nullo modo introduxit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes adgnatos, siue masculos, siue fœminas, cuiuscunque gradus, ad similitudinem suorum inuicem ad successionem vocabat.

§.6. Media autem Iurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum iunior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat,& penitus eas à successione adgnatorum repellebat; omni alia successione incognita, donec Prætores paulatim asperitatem Iuris Ciuilis corrigentes, siue quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt, & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adiuuabant, & pollicebantur his bonorum possessionem,quæ Vnde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & eius vestigia in hac parte conseruantes, laudamus quidem Prætores suę humanitatis,non tamen eos in plenum huic causæ mederi inuenimus.

§. 7. Quare etenim vno eodemque gradu naturali concurrente, & adgnationis titulis, tàm in masculis,quàm in fœminis, æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum, ex adgnatis autem, mulieribus nulli penitus,nisi soli sorori,ad adgnatorum successionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad ius duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus,omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, (siue masculini generis, siue fœminini sint) simili modo ad iura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogatiuam,nec ideo excludendas,quia consanguinitatis iura,sicut germanæ,non habent.

§.8. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimauimus, vt transferatur vnus tantummodo gradus à iure cognationis in legitimam successionē vt non solùm fratris filius & filia (secundum quod iam definiuimus) ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis vterinæ filius & filia soli,& non deinceps personæ, vnà cum his ad iura auunculi sui perueniant,& mortuo eo,qui patruus quidem est sui fratris filiis,auunculus autem sororis suæ soboli; simili modo ab vtroq; latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo iure veniant, scilicet, vbi frater & soror superstites non sunt, (His etenim personis præcedentibus, & successionem admittentibus,cæteri gradus remanent penitus semoti) videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita diuidenda.

§.9. Si plures sint gradus adgnatorum, apertè lex duodecim tabular. proximum

ximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamuis singulari numero vsa lex duodecim tabularum proximum vocet, tamen dubium non est, quin, si plures sint eiusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus, & pluribus gradibus intelligitur, & tamen non dubium est, quin, licet vnus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hereditas.

§.10. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cuius de hereditate quæritur. Quòd si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem extiturum. Tunc enim propriè quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpè accidit, vt proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

§. 11. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est, vt quamuis proximus, qui secundùm ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreuerit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit: nihilo magis legitimo iure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto iure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, vtpote adgnationis iure eis recluso.

§.12. Sed nos nihil perfectissimo iuri deesse cupientes, nostra constitutione (quam de iure patronatus, humanitate suggerēte, protulimus) sancimus, successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cùm satis absurdum erat, quod cognatis à Prætore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum, maximè cùm in onere quidem tutelarum, & primo gradu deficiente, sequens succedit, & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

§.13. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omninò inducitur, vt emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

C O M M E N T A R I I.

SI defuncto Titio non extant descendentes ii, de quibus hactenus *tit. præced.* tunc ea hereditas defertur ad agnatos à latere; de quo hoc *tit. 2.* Ea lex fortè sic habuit: *Si suus heres nō existat, tunc agnatus proximus familiā & hereditatem habeto.* Vbi deinceps ICti (vt solent)

solent) verba legis & eius sententiam explicant, nempè, qui sint agnati; quis dicatur proximus; & quomodo intelligatur proximus? Addit autem ampliùs hîc Iustinianus alia quædam ex media Iurisprudentia & lege Voconia, & suam emendationem, *ex l. penult. & vlt. C. de legit. hered.* Et ad finem adscribit quædam de legitima successione patris emancipatoris. Sed nos ante hoc ius successionis ex Instit. summatim exposuimus; addidimus etiam ius nouissimum. Ergò his non immorabimur; sed quædam in hoc titulo generatim notabimus accommodata ad ius nouum, quod non distinguit inter agnatos & cognatos. Ergò non existentibus aliis heredibus, qui potiores sunt, vt supra in summa iuris noui, tunc ea hereditas defertur ad propinquos à latere. Et defertur quidem solùm ad proximum. *§. si plures. infra nostro tit.* Quod si tamen plures sunt in eodem gradu, ad hos omnes, qui eiusdem sunt gradus, pariter ea hereditas pertinet. *§. quamuis. nostro tit.* Quis autem sit proximus siue proximior, tunc videndum est, saltem quando constat hominem intestatum mortuum. *§. proximus autem. nostro tit.* quomodo etiam supra *in tit. praeced. in §. cum autem quaeritur*, disputauerat de herede suo. Quod si etiam proximior hereditatem repudiauerit, locum habet successio, id est, successio alterius in locum alterius, à gradu in gradum, puta, repudiante hereditatem fratre, admittitur alter in proximo gradu, vt ex altero fratre filius. *§. placebat. infra nostro tit.* Ad extremum fratrum liberi inter se in capita succedunt. Et in summa, semper hic in pari gradu in capita succeditur, nũquam in stirpes. *§. hoc etiã. verſ. quis etenim.* De hoc fuit magnum certamen inter interpretes, vt postea *in hoc tit.* diligentius indicabimus.

§. 4. Cæterum inter masculos, &c.

Lex 12. tabul. agnatos vocabat sine discrimine sexus, itemque sine discrimine gradus, non extantibus proximioribus. Post verò successit lex Voconia lata à Quinto Voconio Tribuno plebis, anno vrbis circiter 585. quæ fœminarum successiones valdè coarctauit; de cuius rei ratione supra *ad tit. praecedentem.* diximus. Quo ad hunc locum, inter fœminas, etsi agnatas, saltem vocauit, siue admisit sororem consanguineam. Hæc Iustinianus emendat *in l. pen. Cod. de legit. hered.* Sed, vt supra monui, in aliis nonnullis placet adhuc hodiè legis Voconiæ ratio & sententia, præsertim bonis feudalibus, in quibus habetur ratio militaris officii.

§. 8. Hoc etiam addendum, &c.

Iustinianus non solùm contra legem Voconiam cognatas fœminas eodẽ modo, quo agnatas admisit, sed vnum gradum cognatorum quoque cum agnatis vocauit, nempè sororum etiam vterinarum filios & filias. *d. l. pen. C. de legit. hered.* Hinc consentaneum erat, & quidem à maiori ad minus, vt ipsæ etiam sorores vterinæ cum aliis agnatis in pari gradu admitterentur, sed hoc tamen non fuit admissum, verùm anno sequenti id à Iustiniano quoque emendatum est. *l. fin. C. de legit. hered.* Hisce igitur in rebus ciuilibus & seriis, quæ pendent ex auctoritate statuentis, non semper procedunt ista argumenta.

℣. Scilicet vbi frater, &c.] Obserua & nota benè constructionem. Et ea, quæ dicuntur, quoque dubitationem habent. Et sic videbis, primò sororis filios, id est, nepotes ex filia, ad hereditatem auunculi admitti; si tamen defuncto non extat proximior aliquis, veluti frater alter, aut soror. Et sic hoc iure repræsentatio in linea collaterali locum non habet, vt adhuc hodiè iure Saxonico, de quo supra disputauimus. Et quidem illud paulò pòst etiam ostenditur *in §. sequenti.* Deinde verò videbis, hic fratrum filios patruo in capita succedere, non in stirpes, puta, si Titius defunctus liberos, parentes aut fratres non relinquit, sed duorum fratrum præmortuorum filios & filias, ex

vno duos, ex altero sex, quæsitum est, quomodo ii succedant hereditatemque patrui diuidant? Finge, reliquit hereditatem 800. aureorum. Sanè post Accursium; qui tam varius fuit, Bartol. & alii scripserunt & pronunciarunt, in stirpes debere eos admitti, vt 400. accipiant duo ex vno fratre, & 400. itidem sex ex altero fratre. Cœpitque hæc esse communis opinio. Ex huius sententia consulens Andreas de Barbatia gloriatur se 30. ducatos emunxisse. Sed vides tamen, diuersam sententiam hic apertè probari: *In capita*, inquit, *succedent*. Et sic ex hac hereditate singuli heredes & singula capita accipient 100. & talis successio collateralium etiam ab Vlpiniano ostenditur *in l. 2. §. hac hactenus. D. de suis*. Et ita Saxones quoque suo iure comprobant. Notauit Autor differentiarum *in artic. 17. lib. 1.* Landtrecht. Quid nunc facias hîc inter incertas opiniones scribentium & respondentium? Olim Laurentius Calcaneus de illo consilio Andreæ de Barbatia dixit, doctum quidem illum, sed cum obliuione veritatis. Taceo de Baldo, qui remorsu conscientiæ tandem reuocauit ad huius textus auctoritatem. Et ratio successionis stirpalis, vt aiunt, huic casui non conuenit, quã supra attigi *§. cum filius. tit. 1.* Ergò Carolus V. Imperator in Comitiis Spirensib. anno Christi 1529. constituit, vt in capita successio valeret, & non in stirpes; & extat ea constitutio in actis Comitiorum. Itaque veritas huius textus confirmata & approbata est. Et hinc sumpsimus in ordine collateralium cõclusionem nostrã tertiam. Equidẽ quod attinet ad illud, ꝙ priori loco notaui, scias hodiè tantùm iure nouo fratrum filios cum fratribus, id est, cum suis patruis, &c. per ius repræsentationis admitti ad hereditatem patrui, & tunc succeditur in stirpes. Et hoc notauimus in conclusione quinta ordinis tertii. Sed hoc tamen nihil ad hunc casum, cum fratrum filii soli sine propriis θείοις succedunt. Quod ad descendentes attinet, verum est, etiam filiorum filios solos in stirpes succedere, quod diximus in conclusione descendentium quarta. Et ita etiam respondetur de iure Saxonico, & valent hæc tam iure feudali, quàm in allodiis.

§. 12. Placebat autem in eo genere, &c.

Hypothesis facti. Mortuo Titio intestato existit siue superest à latere frater, & ex altero latere filius vel patruus. Hereditas ea fratri delata est. Sed is eam repudiat, vel antequam adeat, moritur; quæritur anne admittendus sit ex proximo gradu fratris alterius filius vel patruus? Resp. Non fuisse locum successioni, quasi ea hereditas potius fuerit deinceps caduca. Et ita leges illæ antiquiores de hereditatibus magis fuerunt accommodatæ ad potentiorum auaritiam & rapacitatem. Sed Prætor iterum suæ humanitatis exemplum proposuit. Is post agnatos ordinem cognatorum in successionibus approbauit. Et in hoc ordine successionem etiam hanc, de qua nunc agimus, esse volumus. Tandem verò Iustinianus & hanc duritiem emendauit, admittens etiam hanc successionem inter agnatos; & scribit se duplici argumento motum esse. Primum est tale: Prætor in cognatis successionem probauit; cur igitur in agnatis quoque valitura non est, cum natura inter proximitatem propter agnationem & cognationem non discernit? Secundum argumentum est huiusmodi: In onere tutelæ valet hæc successio. Ergò meritò valere debet in commodo hereditatum & successionis, iuxta regulam: *Qui sentit onus, sentiat etiam commodum.* Id etiam secundùm naturam est. *l. secundum naturam. D. de reg. iur. c. qui sentit. de regulis iuris in 6.*

§. 13. Ad

§. 13. Ad legitimam successionem, &c.

Dixit de legitima hereditate, quæ descendit ex l. 12. tabul. & defertur agnatis. Anne etiam patri defertur filii hereditas, cum pater filii agnatus proximus sit? *vt D. de suis hered. l. filius.* Sed non habuit eo iure filiusfam. heredem, vt supra indicaui. Quod si pater filium emancipasset, agnatio sublata est inter eos; sed tamen, siquidem contracta fiducia emancipasset, placuit vocari patrem ad legitimam hereditatem. Iustinianus amplius statuit, semper contracta fiducia, emancipationem factam videri, *l. vlt. C. de emancip.* Sed hæc vetera. Quid hodiè obtineat, exposui.

DE SENATVSCONSVLTO TERTYLLIANO.

TITVLVS III.



Lex duodecim tabularum ita stricto iure vtebatur, & præponebat masculorum progeniem, & eos, qui per fœminini sexus necessitudinem sibi iunguntur, adeò expellebat, vt ne quidem inter matrem & filium filiamue vltro citroque hereditatis capiendæ ius daret, nisi quòd Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione Vnde cognati adcommodata, vocabant.

§. 2. Sed hæ iuris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem diuus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem. Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod diui Adriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam auiæ deferenda cautum est, vt mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumue admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit, vt scilicet cùm alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat hereditatem, cuius iuri subiecta est.

§. 3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quiue suorum loco sunt, siue primi gradus, siue vlterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia præponitur, ex constitutionibus, matri defunctæ, id est, auiæ suæ. Pater verò vtriusque, non etiam auus & proauus matri anteponitur, scilicet quùm inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus, tam filii quàm filię, excludebat matrem, soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas, ex æquis partibus, fratribus & sororibus.

§. 4. Sed nos constitutione (quam in Codice nostro nomine decorato posui-

posuimus) matri subueniendũ esse existimauimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in eius admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit, immeritò defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccauit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus ius legitimum plenum matribus (siue ingenuis siue libertinis) etsi non ter enixæ fuerint vel quater. Sed eum tantùm, vel eam, qui quæue morte intercepti sunt, vt si vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

§. 5. Sed cùm antea constitutiones iura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adiuuabant, partim eam prægrauabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahẽtes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant, nobis visum est, recta & simplici via, matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine vlla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris & sororis persona (siue consanguinei sint, siue sola cognationis iura habentes) vt quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores (siue legitimi sint, siue non) ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen, vt si quidem solæ sorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant.

§. 6. Si verò matre superstite, & fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, siue legitima, siue sola cognationis iura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas.

§. 7. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere, scituris eis, quòd si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione meritò repellũtur. Licet autem vulgò quæsitus sit filius filiaue, potest tamen ad bona eius mater, ex Tertylliano Senatusconsulto, admitti.

COMMENTARII.

ITerum debetis in memoriam reuocare summam successionis ex l. 12. tabul. atq; nunc scire, matrem & parentes lineæ maternæ liberos in potestate non habuisse *supra de adopt. § fœmina.* Suos igitur heredes mater habere nõ potuit. Sed nec inter matrem & liberos ius vllum agnationis est. Ergò concluditur, inter matrem & liberos nullum fuisse ius successionis intestatæ; sed potius deficientibus etiam agnatis ea hereditas caduca habita est & ad Fiscum delata. Et omninò multum his legibus & nonnullis aliis tributũ est fisco eius locupletandi causa. Quorum multa remisit Iustinianus, & alii

alii boni Principes, etiam fiſco ſuo in hoc detrahentes. Dixi nuper, non facilè poſſe diteſcere fiſcum ſine incõmodo ſubditorum; & Traianus *Fiſcum lienem* vocare ſolebat, quòd eo creſcente reliqui artus tabeſcerent. Sit modus harum exactionum. Sed ad rem præſentem. Hoc igitur ius de matre & liberis in ſucceſſionibus ſæpius varieque nouatum & mutatum eſt. Et primum de ſucceſſione matris in bonis liberorum, de qua *hoc tit.* poſt. Lex 12. tabul. & generale ius prætorium quatuor diuerſa iura commemorant, quibus adiungatur ius nouiſſimum, de quo iam antea diximus. Ita verum eſt, quod inquit Agellius *lib. 20. cap. 1 legum oportunitates pro temporum moribus variè mutari atque flecti.* Primum igitur ius eſt ex Conſtitutione quadam diui Claudii, de quo *in §. & primus, qui D. Claudius.* Secundum ius eſt ex SC. Tertylliano, & de hoc *in §. poſtea autem.* Tertium ius ex conſtitutione quadam D. Conſtantini præcipuè, quod attingitur *in §. ſed nos. verſ. ſed cum antea.* & extat in C. Theodoſ. *lib. 5. tit. 1.* Quartum denique ius eſt ex Conſtitutione Iuſtiniani *in Nou. d. §. ſed nos.* & vide de hoc *l. vlt. C. eod. tit. l. 2. C. de iure deliberandi.* In ſumma hodiè non attenditur hoc diſcrimen patriæ poteſtatis, ſuorum heredum; & eodem modo ſuccedunt pater & mater, idq; ante collaterales, niſi quod proximi collaterales cum iis admittantur, vt expoſuimus in iure nouo. Hæc igitur ſumma eſt huius tituli.

℣. Trium liberorum ius habens, &c. in §. 2.] Ius liberorum eſt beneficium & commodum ſiue priuilegium, quod datur propter procreationem & educationem liberorum. Hîc mater, quæ plures liberos peperit, ius habet ſuccedendi, cum aliàs matres excludantur. Alibi patres etiam ob numerum liberorum à tutela excuſantur; ſed & ab aliis muneribus quoque realibus numerus liberorum præſtat excuſationem, qua de re diximus *ad tit. de excuſat. tutorum. lib. 1.* Hoc igitur eſt ius liberorum. Nota eſt illa ſententia D. Adriani: *Malle ſe amplificari Imperium adiectione hominum potius, quàm pecuniarum copia*, vt extat *in l. cum ratio. D. de bonis damnatorum.* Conſtat, quantæ ſint vtilitates, quæ accedunt Reipublicæ ex procreatione liberorum, vt non dicam nunc etiam de ædificatione Eccleſiæ Dei. Ergò meritò fauent leges matrimonio, & iis, qui in matrimonio liberos educant, &c. & cælibatui minus fuerunt beneuolæ, quod oſtendit *tit. C. de infirmand. pœn. cælibatus & orbitatis.* Quid Conſtantino in mentem venerit, vt has pœnas tolleret, non inquiram; & video aliis placere, aliis non placere. Sunt, qui putant, perſuaſos fortè fuiſſe hos legislatores ab infelicibus quibuſdã Theologis, qui commendabant, cœlibatum Deo eſſe gratiorem, vt faciunt nunc Papiſtæ, abutentes textu D. Pauli. Sanè Procopius ſcribit, vt teſtatur Alciatus *in l. ter enixa 137. D. de verbor. ſignifi.* cauſam quandam euerſionis Romani Imperii inde ſubortam eſſe, quod deinceps non ita ſtuderent homines prolis propagationi, &c.

§. 7. Sed quemadmodum, &c.

Iuſtinianus matrem ſiue parentes fœminas ad hereditatem liberorum ſimpliciter admiſit, *vt ſupra*, & penè ibi continet id ius, quod eſt in hac re nouiſſimum. Nunc addit de ſucceſſione matris limitationem ſiue exceptionem; nempè, voluit olim Senatus, vt mater, quæ ſuccedere liberis ſuis vellet, iis exiſtentibus pupillis, Senatum admoneat de tutoribus, & tutores liberis petat. Hoc autem ſi facere neglexerit, & deinceps ii liberi impuberes moriantur, vt tunc ea mater ab hereditate liberorum excludatur; id Iuſtinianus hîc etiam recipit & probat. Vide *D. eod. l. 2. §. ſi mater. & C. eod. l. 3. & 6.* Theodoſius ſanè hoc ad omnes legitimos heredes pertinere voluit, vide *l. ſciant. Cod. de legit. hered.*

DE SENATVSCONSVLTO ORFICIANO.

TITVLVS IV.



PEr contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orficio & Rufo Consulibus effectum est diui Marci temporibus, & data est tam filio, quàm filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sint, & preferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.

§. 2. Sed cùm ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad auiæ successionem legitimo iure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, vt ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

§. 3. Sciendum autem est, huiusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam; quæ nouæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferũtur. Nouissimè sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgò quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto admitti.

§. 4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quo minùs adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio, & licet antè decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.

COMMENTARII.

QVando matres admissæ sunt ad hereditates & ad bona liberorum, nondum videntur tum vicissim filii filiæue ad bona materna admissi, quod tamen illi consequens omnino erat, & multò magis concedendum, argumento textus *in l. 15. D. de inoffic. testamento.* Ita vides iura paulatim nigrescere, vt inquit Iurisconsultus *in l. 11. D. de legat. 3.* Sed de hoc D. Marcus & Commodus ad Senatum retulerunt Orficio & Rufo Consulibus. Et de hac successione duo diuersa iura hîc referuntur. Primum ex Senatusconsul. Orficiano, de quo *in D. tit. ad SC. Tertyll. & Orficianum. & C. eod. tit.* Alterum ex Constitutionibus nimirum Valentiniani, Theodosii, & Arcadii, de quo etiam *sup. tit. 1. §. item vetustas.* Ius nouum simpliciter vocat liberos cuiuscunque sexus & gradus, & ad bona tam paterna quàm materna. Sed de hoc iam ante diximus.

§. 2. Sciendum autem est, &c.

Ex *l. 1. §. capitis. D. eod. tit.* subiicit Iustinianus, hereditates quidem legitimas, quæ veniunt ex ipsa l. 12. tabul. etiam capitis deminutione interimi; at non illas, quæ ex his Senatus-

Senatusconsultis & Constitutionibus ad instar legitimarum hereditatum veniunt. Sed hæc hodiè in hereditatibus non magnum vsum habent. Illud prius nota generaliter, capitis deminutione, maxima & media, puta, amissione ciuitatis & libertatis, ius succedendi amitti *d.l.1.D.eod.tit.§.capitis.*

§.4. Si ex pluribus, &c.

Monet Scholastes, hunc communem esse §. & materiam, & ad omnes titulos desumptum & descriptum *ex l.9. D. de suis & legitimis hered.* & agitur de iure accrescendi, *vt supra tit. 2. §. placebat, de iure successionis.* Fit etiam hic mentio iuris transmittendi. Sit casus: Plures existunt heredes eiusdem ordinis & gradus; iam constat eos ad hereditatem defuncti pariter vocari, *vt supra tit. 2.§.& quamuis.* At quidam ex iisdem antequam eam hereditatem adeant, decedunt; quæritur, anne pars ea deficiens caduca fuerit; an magis dicendum, cæteris heredibus adeuntibus eam accrescere? Et ait, ius accrescendi locum habuisse, eoque iure nos vti. Sanè videtur olim aliquando & hęc pars.& multa alia, vt & id, de quo sequitur, ad Fiscum fuisse delatū. Sed quid si coheres, qui pro sua parte hereditatem acceptauit, mortuus sit, antequam alter repudiat? Quæstio nunc est de iure transmissionis; & ait, Ius hoc accrescendi ad heredem ipsius defuncti transmissum. Fortassis Fiscus olim & hoc intercepit, vt videre licet apud Balduinum *in tractatu de Caducis.* Hic de iure transmittendi illud teneas, eos, qui sui heredes non sunt, hereditatem demum aditam transmittere; suos heredes etiam non aditam hereditatem transmittere. Vide de hoc *l. vnicam Cod. de his, qui ante apertas tabul.hered.trans.l 19. Cod. de iure deliberandi.l. 13. & 35. §. vltim. C. de inoffic. testamento.*

DE SVCCESSIONE CO-NATORVM.

TITVLVS V.



Ost suos heredes, eosque, quos inter suos heredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quo numero sunt adgnati, & ii, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quàm nostra erexit constitutio) proximos cognatos Prætor vocat, qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum, inter legitimos non habentur, sed à Prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodò fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri iuris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, siue sororis, nō æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facilè est ex ipsius constitutionis verbis colligere.

§. 2. Aliis verò adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & proculdubio cognatis.

§. 3. Eos etiam, qui per fœminini sexus personas ex transuerso cognatione iunguntur, tertio gradu, proximitatis nomine, Prætor ad successionem vocat. Liberi quoque, qui in adoptiua familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

§. 4. Vulgò quæsitos nullos habere adgnatos, manifestum est, quùm adgnatio à patre sit, cognatio à matre, hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis ius species est adgnationis. Tantùm ergò cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

§. 5. Hoc loco & illud necessariò admonendi sumus, adgnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, siue de lege duodecim tabularum quæramus, siue de edicto, quo Prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem, qui vsque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato nataue.

COMMENTARII.

Lege antiqua 12. tabularum cognatorum nulla erat successio, sed post suos & agnatos statim hereditas erat caduca. Ius prætorium cognatis etiam locũ dedit post agnatos, excluso interim fisco, & hoc Iure Institutionum post suos, eosque qui suis annumerati sunt; & rursus post agnatos & eos, qui his ipsis ex Constitutionibus annumerantur. Vocantur demum etiam hi, de quibus dicimus, cognati, iuxta eum modum, quo alibi à latere. Ergò quicunque agnati non sunt, quomodocunque id accidat, vt ex ipsa ratione natiuitatis, vt, quia per emancipationem ex loco & gradu agnatorum semoti sunt, ii nisi iam ante alium locum successionis acceperunt, puta, ex Constitutionibus, & vt supra *lib. 2. §. hoc etiam*, & infra *hoc nostro tit. §. 1. vers. exceptis.* ii, dico, ex hoc demum ordine tertio vocantur non extantibus aliis, vt suis vel agnatis, nempè si Titius defunctus sine liberis nec parentes, nec fratres, nec sorores post se relinquit, sed materteram habet, ea ia demum illi succedit, si non etiam amitam & patruum habet superstites. Hi enim, etsi eodem sunt gradu & loco, tamen materteram excludunt. Porrò, quò ad fratres & sorores emancipatos emancipatasue, qui quæue inter cognatos tantùm sunt, eos easue Anastasius Princeps cum aliis agnatis pari gradu admisit, sed cum deminutione aliqua, vt semper integri duabus partib. ampliùs habeant, quàm emancipatus, vt, si extet frater vnus integer, & alter emancipatus, integer bessem, emancipatus trientem accipiet, de quo *in d. §. nostro 1. vers. exceptis.* quod Iustinianus iterum emendauit, & fratrum emancipatorum filios etiã inter agnatos admisit. *l. fin. C. de legitimis hered.* Sed iure nouissimo, & quo vtimur, omnis illa differentia agnationis & cognationis in hac successione plebeia, i. e. quo ad effectum hunc succedendi in bonis plebeis,

plebeis, sublata est, de quo supra diximus. Hæc de argumento huius tituli. Iustinianus deinceps speciatim recenset & ostendit, quinam in hoc ordine cognatorum vocentur. Sed hoc ipsum commodius docebit generalis illa doctrina & cognitio de cognatis, de qua iam sequitur.

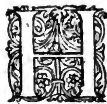
§. Fin. Hoc loco & illud, &c.

Iam docet, in quem vsq; gradũ admittãtur ad hereditatem defuncti propinqui? Et quidem ad descendentes quod attinet, non obseruatur distinctio, & nulli descendentes excludũtur, cuiuscunq; sint gradus. Sed hi cum Titio, de cuius hereditate quæritur, haud facilè supra quintum gradum existere possunt. Quod verò ad collaterales attinet, scribit hic, agnatos vsq; ad decimum gradum admitti, cognatos tantum vsq; ad gradum sextum, nisi quod ex septimo gradu, in quo numerantur personæ mille & viginti, quatuor vocentur etiam sobrinorum sobrinarumque filii filiçve. Quid igitur, si Titio supersint saltem cognati vltra gradum decimum, nempè gradu vndecimo patrui maximi abnepos? Et constat ex his, eo excluso, fisco bona quasi vacantia occupari.

Porrò quod ad Ius nouum attinet, cum hodiè differẽtia agnatorum & cognatorum hac in re sublata sit, aiunt, etiam cognatos in decimum gradum nunc vocari. Et hinc sumpsimus in ordine nostro tertio conclusionem sextam, siue vltimam.

DE GRADIBVS COGNATIONVM.

TITVLVS VI.



HOc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare imprimis admonendi sumus cognationem aliam suprà numerari, aliam infrà, aliam ex transuerso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex transuerso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur, & conuenienter patrui, amitæ, auunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit, at ea, quæ ex transuerso numeratur, à secundo.

§. 2. Primo gradu est suprà, pater, mater: infrà filius, filia.

§. 3. Secundo gradu suprà auus, auia: infrà nepos, neptis: ex transuerso frater, soror.

§. 4. Tertio gradu suprà proauus, proauia: infrà pronepos, proneptis: ex transuerso fratris sororisque filius, filia: & conuenienter patruus, amita, auunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græcè πατράδελφος appellatur. Auunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur, & vterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur: & vtraque promiscue θεία appellatur.

§. 5. Quarto gradu suprà abauus, abauia: infrà abnepos, abneptis: ex transuerso fratris, sororisque nepos, neptisve: & conuenienter patruus magnus, amita magna, id est, aui frater & soror; item auunculus magnus, & matertera magna, id est, auiæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus, aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos, eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

§. 6. Quinto gradu suprà atauus, atauia: infrà atnepos, atneptis: ex transuerso fratris sororisque pronepos, proneptis: & cõuenienter propatruus, proamita, id est, proaui frater & soror, & proauunculus & promatertera, id est, proauiæ frater & soror. Item fratris patruelis vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia, propiùs sobrino, propiùs sobrina: hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, auunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

§. 7. Sexto gradu suprà tritauus, tritaua: infrà trinepos, trineptis; ex transuerso fratris sororisq; abnepos, abneptis: & conuenienter abpatruus, abamita, id est, abaui frater & soror, abauunculus, abmatertera, id est, abauiæ frater & soror. [item propatrui, proamitæ, proauunculi, promaterteræ filius, filia] [item propiùs sobrino, sobrinave filius, filia] item consobrini, consobrinæ, nepos, neptis, id est, qui quæve ex fratribus, vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

§. 8. Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palàm est intelligere, quemadmodum vlteriores quoque gradus numerare debemus; quippe semper generata persona gradum adiicit, vel longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propria cognationis appellatione quemquam denotare.

§. 9. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur. Sed cùm magis veritas oculata fide, quàm per aures animis hominum infigatur: ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsenti libro inscribi, quatenus possint & auribus, & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

COMMEN-

COMMENTARII.

DE hoc loco & capite ICti ad hunc tractatum tractare solent, vt & in Pandectis *parte sexta, in loco de successione ab intestato*, de hac re agunt. Dixi igitur supra, in hoc loco notari huius tractatus partem tertiam. Porrò, vt & hoc admoneamus, ibidem in Pandectis habet ea inscriptio: *de Gradibus & Affinibus*, vt ideò, etsi affinitatis ratione hereditates non deferantur, de affinibus tamen etiam, ex admonitione Iurisconsulti, nobis dicendum sit. Et quod ad commendationem materiæ attinet, sic de ea re ICtus *in l. 10. D. eod.* scribit: *Iurisconsultus cognatorum gradus & affinium nosse debet, quia legibus hereditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire consueuerunt. Sed & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem. Præterea Lege Iudiciorum publicorum contra affines & agnatos testimonium inuiti dicere non cogimur.* Hæc ille.

Sed & ad locum nuptiarum hoc caput pertinere quis ignorat? & de hoc scribitur in ipso tit. *de nupt lib. 1.* Ergo de hoc capite nunc dicemus ex professo, & progrediemur ordine.

Imprimis cognationis nomen latè patet, vt cum scribit Iurisconsultus *in l. vt vim. D. de iustitia & iure*, naturam inter omnes omnino homines cognationem quandam constituisse. Sed eos nunc magis accipimus cognatos ratione ciuilis effectus in nuptiis, in successionibus. Et eam cognationem definimus *Ius quoddam siue attinentiam inter certas personas, quæ vnà communiterve natæ, & ab eodem ortæ progenitæve dicuntur*; quæ & consanguinitas dicitur, quasi sanguinis vnitas, & præsertim apud Pontificios, *tit. de consang & affinit. extr. in Decretalib.* ICtis consanguinitas ferè species agnationis quædam est, *vt supra tit. præcedenti.* Verum ea ipsa, quæ dicta est, definitio ad cognationem naturæ pertinet: nam est & alia adhuc cognatio ex adoptione *l. 4. D. eod. tit.* Itaque si de toto genere dici voles, fortassis sic dici potest: *Cognatio est attinentia & propinquitas personarum ab eodem communi stipite, vel propagatione carnali, & communi sanguine, vel electione & adoptione, per Iuris communionem venientium.*

Deinceps videbimus de varia & multiplici diuisione cognationis apud Iurisconsultos. Ergo imprimis cognati alii dicuntur natura cognati; alii Iure & adoptione. *d. l. 4. D. eod.* Porrò naturalis cognationis nomen ambiguè dicitur, vt deinceps audies. Nam rursus alia cognatio est, quę per fœminas solùm contrahitur, nimirum per matrem, quæ vulgò concepit, & eam vocant cognationem naturalem tantùm: cum ea cognatio, quæ per patrem iustum contrahitur, vtroque modo, id est, & naturaliter & ciuiliter contracta dicatur, *d. l. 4. D. eod.* Iam tertio, inter eos, qui cognati sunt, alii sunt cognati tantùm, alii etiam agnati *l. 10. D. eod.* & suprà aliquoties de hoc audiuimus; vbi rem omnem apertius indicauimus.

Agnati sunt, qui à patre sunt, & à patris linea descendunt, quasi à patre cognati, id est, per patrem. Et sunt omninò ii, quorum cognationis causa & origo principaliter est pater, siue mas lineæ paternæ; & hi eadem insignia gentilitatis, eadem nomina & cognomina habent & retinent, familiæ decus & statum conseruant. *dict. l. 10.* nisi quòd fœminæ nubẽdo transeunt in aliam familiam, dignitatem, &c. *l. pronunciatio. D. de verbor. signific.* Ecce patruus & amita inter agnatos sunt: nam eorum cognatio nobiscum à patre est; patris enim frater & soror est. Auunculus & matertera cognati tantùm sunt: nam à matre siue per matrem est ea cognatio. Rursus patrui filius agnatus est; amitæ filius agnatus non est, etsi ipsa amita agnata est. Nam amitæ filius à fœmina est, cum tamen ipsa amita per patrem sit tibi iuncta. Cognati igitur tantum sunt, qui à patre non sunt, sed à matre & matris lineæ; & ii nomen generis retinent. Sed differentiæ causa, vt fieri solet, additur exclusiua particula, *tantùm.*

Ergo

Ergo vtrique quidem cognati sunt natura (loquor de iis, qui natura & sanguine attingunt nos: nam & cognati nulli fiunt per adoptionem, nisi per agnationem, siue Ius agnationis, *l. qui in adoptione, D. de adopt.* & sic alibi docetur, auunculum & materteram per adoptionem non fieri *l.12.D.de ritu nupt.*) sed agnatorum hoc amplius prærogatiua & prioritas quædam est, ordinatione legis. Cæterum ex hoc ipso tamen etiam fit, quod Ius illud agnationis facilius euertatur & amittatur, nempè, qualibet capitis deminutione etiam minima per emancipationem; quod iam sæpius audiuistis. Cognationem nempè, Ius sanguinis nulla Ciuilis ratio perimere potest. *l. iura sanguinis D. de reg. iur.* Iure tamen hoc receptum est, vt per capitis deminutiones maximas & medias tollantur & euertantur effectus cognationis ciuilis. Et hoc est quod supra admonui *tit. 4. §. sciendũ.* Et hæc de diuisione tertia.

Sequitur nunc diuisio quarta: Nẽpe, ex ipsis cognatis & cõsanguineis alii sunt ascendentes, siue parentes, qui nos genuerunt, & habent propria nomina vsq; ad gradum sextum tritauorum. Alii descendentes sunt siue liberi, qui ex nobis geniti sunt; ex quibus sunt ii, qui sunt & dicuntur sui heredes; habentq; & ii nomina ad eum vsq; gradum trinepotum. Alii demum collaterales siue propinqui à latere, qui nec nos genuerunt, neque à nobis geniti sunt, sed habẽt tamen nobiscum eandem generationis originem; & ex his sunt propriè illi, quos supra textus distinguebat in agnatos & cognatos. Vulgo vocant ordines siue lineas. *l. 1. D. eod. tit. & h. in initio.*

Iamq; de affinibus. Affines neque ex propagatione, neq; itidem ex cognati alicuius nostri electione vel adoptione, nec & nostrã familiam attingunt, sed per accessionem ad familiam & sanguinem nostrum naturalem, nempè per nuptialem coniunctionem, siue per coitum saltem ex Iure Pontificio. Et quod ad affines attinet, propriè & verè dicimus eum tãtùm affinem, qui ad alterius cognationis fines accessionem fecit. Vbi consequens tamen est, ex correlatione agentis & patientis, vt qui accessionem illam passi sunt, vicissim sint illi affines; ita docet ICtus *in l. 4. D. eod. tit.* Verbi gratia: Dauid ducẽs in vxorem Michol filiam Saulis, fit affinis Saulis familiæ, & rursus Michol fit affinis familiæ Dauidis. Sed inter ipsam familiam vtriusque coniugis Dauidis & Michol nulla nascitur attinentia, & non efficitur vlla vera affinitas. Ergo à ICto responsum est inter priuignos nuptias contrahi posse, *l. 24. D. de ritu nupt.* Quod & Iustinianus Princeps recipit *§. mariti tamen filius, supr. de nuptiis.* Probat etiam Ius Canonicum, *vt in cap. quod super his. extra, de consanguinit. & affinitate.* Et olim Ioseph & Cleophas duo fratres duxerunt duas sorores Marias, nec hoc vllibi in legibus diuinis improbatur. Vulgò dici solet: *Vxoris meæ cognati mihi affines efficiuntur, & ego illis*; & rursus: *mei cognati affines fiunt vxori meæ, & ipsa illis. Atqui mei & ipsius cognati reuera affines non fiunt.* Quid igitur nũc, si vxor mea me mortuo nouo marito nubat, deinceps etiam vxor quidem mea moriatur, anne is secundus maritus meam antiquam cognatam ducere potuit? Dicebant Pontificii, inter hos affinitatem esse, & fingebant plura genera affinitatis. At verò secundus is maritus nullam fecit ad nostram cognationem accessionem, nec nostra siue mea cognatio per eum accessionem passa est. Ergo ex definitione affinitatis eæ nuptiæ redarguuntur. Et tandem ab ipsis suis auctoribus, nempè à Pontificiis, sublata sunt, *cap. non debet. de consanguinitate.* Nec Ius Diuinum *Leuitici 18.* aliorum affinium, quàm de quibus diximus, meminit. Sed obiiciunt in Iure Cæsareo, & apud eruditam antiquitatem ista comprobari; Ergo non tàm leuiter reprobanda, *vt in l. vxorem. D. de ritu nupt.* vbi dicit textus: *Me eam fœminam, quæ quondam vxor fuit priuigni mei, ducere non posse.* Et quæro iam etiam, an igitur ille casus à Pontificiis emendatus sit? Ego verò responderem;

derem: sublata causa generali, tolluntur omnes effectus. Sed tota affinitas secundi generis sublata est. Ergo oportebit & hunc particularem effectum esse sublatum. Verumtamen nego, cum textum esse emendatum. Cur hoc? Quia causa prohibitionis non illa fuit, quam isti fingunt: neq; enim ICtis ista de pluribus generib. affinitatis vnquam in mentem venerunt; sed prohibent has nuptias, propter impedimentum nimis conspicuæ publicæ honestatis, cum huic puellæ loco parentis esse videar. Et hæc causa prohibitionis perpetua est.

Sed iam de Gradibus, quæ est altera pars inscriptionis. Et gradus cognationis metaphoricè dici, apertius est, quàm vt longioribus explicandum veniat. Significatur autem in ipsa cognatione, veluti ascẽdentium, descendentium, collateralium, gradus & interualla attinentiæ & affinitatis quæri. Et ad hoc componitur, aut confici solet schema cognationis, &, vt alibi, arbor cognationis. Sed ICti, & ex iis Imperator hic, regulas generales & vniuersales nobis proponũt, quibus doceamur, cognationis gradus nec fieri nec numerari ex ipsa rei natura. Has igitur fideliter aperire nostri est officii, qui textum Iuris Ciuilis docemus. Et sic ea res habet: Quoties quæritur, quoto gradu, quæque persona sit in cognatione, ab eo incipere debemus, cuius de cognatione quæritur. (quem docendi & demonstrandi causa vulgò Petrucium, alii Hypotheticum, nos Titium vocamus) Et deinceps per singulos transeundo proximum quemque numerabimus per generationes; & quot inuenerimus generationes, tot sciamus esse gradus, hoc est, totidem gradibus alterum ab altero distare, eâ perpetuâ, catholicâ & infallibili regula, nempè: *Quot sunt generationes, totidem sunt gradus.* Siue: *Quot generationibus alter ab altero distat, tot distant gradibus.* Generationes cum dico, generationes nouas intelligo: nouas autem voco, quæ nouam habitudinem, nouam personarum qualitatem & respectum inducunt, *ita in l. finali. §. & quoties, & §. secundo gradu, D. eod. & infra eodem §. finali.* Sed hic illud adhuc scias, inter parentes, generationes, & sic gradus, quærendos ascendendo, inter liberos descendendo; ad transuersam verò cognationem quod attinet, quando ea ex superiore cognatione siue ex parentibus simul descendit, dum hic per generationem gradus quæris, prius à Titio, de cuius cognatione quæritur, ad communem parentem cogeris ascendere, & ab eo iterum in diuersum latus, per propinquos, ad aliam personam, de qua simul quæritur, declinare siue descendere, (omnem parentem hîc voco illum, qui meæ & eius, de quo quæritur, cognationis communis stipes & origo est.) Et hæc apud Iurisconsultos prædictis locis. Verbi gratia: Titius à patre distat vno gradu, quia vna est generatio. Idem dic de Titio & filio. Quod ad fratrem attinet, Titius referatur ad patrem suum, à quo est frater. Ergo primùm Titius genitus est à patre; postea ex eodem patre est illi frater. Duæ generationes, ergo duo gradus. Verum est, quo ad ipsum parentem, duo, tresve filii in eodem gradu sunt, nempè primo.

Nulla enim hic noua generatio est; sed duo fratres sibi & inter se secũdo sunt gradu. Vulgò ad numerandum gradus hac vtuntur regula: *Quot sunt personæ, tot sunt gradus, dempto stipite.* Sed inter hanc & istam, de qua diximus, hoc interest, quod illa sit fundata in textu, & nata ex ipsa naturà; hæc excogitata sit ad quoquomodo docendum. Ergo illa, quam diximus, est ratio & regula numerandi gradus, siue quæras de successionibus, *vt hic.* vbi scribitur: *transuersalis cognatio à secundo gradu incipit;* & poteris obseruare etiam in textu librorum Moysis ita numerari gradus; siue etiam quæras de nuptiis, *vt suprà tit de nuptiis. §. sed nec neptem.* Et Pontificii tamen dicuntur in nuptiis duos fratres, & fratrem & sororem, collocare primo gradu. *cap. ad sedem 35. q. 5.*

quo necessario argumento nescio. Aiunt, causas matrimoniales ad se pertinere, & ex verbo Dei decidendas. Annon & alia, si cum manifesto verbo Dei pugnāt, ex illo, vel iuxta illud, emendanda sunt? Annon potuit olim etiam Magistratus Christianus ex præscripto verbi Dei has causas matrimoniales iudicare? An verbum Dei docet ita numerare gradus? Aiunt, ad nuptias duæ personæ concurrunt siue conueniunt. Quasi vero non sit vna, quæ de Titio siue Titii nuptiis quærat, vt in successionibus, alia de successione, siue de iure succedendi quæritur; alia etiā est, puta Titius, de cuius hereditate quæritur. Non recito hæc vllo studio cauillādi. Cum sanè à cauillationibus, si quis alius, ego vehementer abhorreo, adeò, vt in hoc disputatrici seculo, vt sanctæ memoriæ Dn. Philippus Melanchthon vocabat, & videtur nouissimus vates fuisse, verè in alteram partem magis peccem. Sed simplicitatis textum nunc ostendo, & scio ante me etiam has Pontificiorum traditiones refutasse longè doctiores, Franciscum Hottomannum, & ni fallor, Franciscum Duarenum. Dicam tamen, quod res est. Cum de nuptiis quæritur siue disputatur, non tàm ad hoc attenditur, quoto gradu inter se distent, de quibus quæritur, sed quoto gradu vel alteruter vt remotior distet à communi stipite, & communi origine sanguinis, cuius veneratione ab iis nuptiis abstinendum est. Et id primi eorum Canonum auctores fortè voluerunt. Indeque sunt illæ regulæ ad rem præsentem accommodatè confictæ: *Quoto gradu alteruter distat à stipite, tot gradibus distant inter se.* Item, cum linea inæqualis est: *Quoto gradu remotior distat à stipite, tot distant inter se, de quibus quæritur.* vide *cap. final. de consang. & affinitate.* Sed de his dixi *ad titulum, de nuptiis.* Ius Saxonicum in collateralibus fratris filium collocat gradu primo. *lib. 1. Landtrecht/ articulo 3.* Sed hic rursus contra regulam numerationis; & discrepat hoc etiam à Iure Pontificio. Sed nec ibi de hac re verè, verum sic ipsis placuit in iure successionis. Hincque fit, vt septimo gradu ipsi finiant successionem. *d. artic. 3.* sed de hac re supra.

Sed iam ad Affines, quomodo in hac attinentia gradus distinguamus. Et quidem in affinitate naturam imitamur, vt & in ea accessione, quæ fit per adoptionem, itaque fit hic, vt, qui est ei, ad cuius concubitū tu accessisti, inter parentes, is tibi quoque parentis loco; qui inter liberos, liberorum loco, qui inter propinquos, loco propinquorum efficiatur. Verbi gratia: quæ vxori meæ mater est, & mihi matris loco est, quæ dicitur socrus; quæ vxori est filia, & mihi filiæ loco incipit esse, & dicitur priuigna; quæ vxori est soror, mihi equidem loco sororis erit, &c. Et iuxta eandem imitationem loquimur nunc etiam hic de gradib. Nam propriè quidem affinitatis per se gradus nulli sunt, cum affinis ex affine non nascatur, siue affinitas non sit ius natiuitatis. *l. 4. §. gradus. D. eod.* sed tamen sic in his gradus imitamur & sequimur, vt, quoto gradu quis ei, ad cuius concubitum tu accessisti siue venisti, cognatus est, toto gradu tibi affinis esse dicatur. Verbi gratia: Soror distat à sorore secundo gradu cognationis, ergo, postquam tu è duabus sororibus vnam vxorem ducis, altera eius soror fit tibi affinis in secundo gradu. *d. l. 4. §. gradus, & ibi pulchra glossa.* Iure Pontificio ad stipitem saltem respicitur, vt iam dixi; & sic soror vxoris erit in primo gradu affinis, nempè, vt dico, respectu stipitis. *c. æqualiter 35. q. 3. & c. porrò. 35. quæst. 5.*

Hæc igitur hactenus quàm potui succinctè & breuiter de titulo & tractatu de cognationibus & earum gradibus & affinibus, vbi exposui veram numerationem in textibus Iuris propositam, & communi iure omnium gentium receptam, vt quidam eruditè scribunt, & Pontificiorum superuacuas & non necessarias emendationes (nolo nunc dicere nugas, propter optimos & doctissimos homines, qui, quod ista nō magnopere

perè ad religionē pertinent, vt sanè ad ICtos pertinent, maluerunt ea, quę ita annumerauerunt, retinere, quàm de his etiam cum Pontificiis cōtendere) ostendi. Si quæ rat à me adolescens, quomodo potuissent igitur Pontificii aliter (quod creduntur bono studio fecisse) producere gradus cognationis in nuptiis? Respondebo: Non fuit propterea necessum aliam graduum fingere numerationem. Iure Ciuili nuptiæ valent in quarto gradu, nisi alter sit proximus ad stipitem. Hoc Pōtificibus & Episcopis non placuit, & adhibuerunt plures gradus, vbi potuissent & sufficeisset sic cōstituere: Nolumus deinceps valere nuptias inter cognatos, nisi saltem alter contrahentium à stipite & cōmuni parente distet quinto gradu, quomodocunq; inter se distēt. Plura repetantur de his *ex tit. de nupt.* Videte etiā aliorum nostrorū Præceptorum Cōmentarios Deinceps videbimus, quomodo, quę dicta sunt, comprobentur in hoc textu, quem Zasius solitus est dicere fontem esse veritatis Iuris. Imprimis hic videte *l fin. D eod.* vbi numerantur singulæ personæ in singulis gradibus, & nomina ipsa tàm affinitatis quam cognationis indicantur. Hæc lectionis sunt, nec à nobis in hac breui enarratione adduci debent.

§. 1. Hoc loco necessarium, &c.

Non solùm propter successiones, sed etiā propter nuptias, vt in gradibus suis nuptialibus Pontifex Alexander II. *in d c. ad sedem. 35. q. 5.* Imò ad contrahendas nuptias hos quoq; gradus, & hanc graduum numerationē necessariā esse & obseruari debere docuit disertè Imperator *in tit. de nupt. § inter eas.* & ICtus *in l 17. D. de ritu nupt.* Sed hæc pluribus confutantur à Francisco Hottomanno, adductis etiam antiquitatibus.

℣. Ad ea, quæ ex transuerso, &c.] Vides in linea collaterali non esse primum gradū; nec possunt duæ generationes vnum facere gradum, non minus quàm dūo vnum. Quod autem Pontificii duos fratres ad patrem referunt, & sic vnum faciunt gradum, non vident, fratrem non esse, quem patri, sed filium. Sed istos & plures alios pudendos errores pluribus persequitur Hottomannus.

℣. Θεῖος, θεία, &c.] Hæ voces apud Gręcos generatim accipiuntur pro parētum nostrorum, id est, patris & matris fratribus & sororibus, & iis vocabulis sæpius est vsus Iustinian. in iure suo nouo, vt supr. audiuimus.

℣. Cōsobrinus, cōsobrina.] Hîc notandum, consobrinorum vocem generatim dici de fratrū sororumq; liberis inter se. Propriè tamen dicimus consobrinos duarū sororum liberos, ac fratrū liberos patrueles dicimus, quibus & nomen fratris sororisq; addimus, vt fratres patrueles, qui ex amita mea natus est, amitinus meus est, ac ego illi cōsobrinus. Verbi gratia: Rahel vocat Iacobum Patriarcham maritum amitinum; Iacob illam consobrinā: nam Iacob ex Rebecca est, quæ fuit soror Laban patris fratris. Fit alibi, vt etiam in iure nostro, mentio matruelis, quem putant esse materteræ filium, *in l. 1. D. de parricidiis.* Amplius nota nonnunquam consobrinos etiam dici consobrinorū liberos in sexto gradu, qui propriè sobrini dicūtur. Rursumque largiore significatione vocis, sobrinorū filii, qui distant à nobis septimo gradu, sobrini etiam dicuntur, *l. vlt. §. quarto gradu. vers. fratrum, & §. septimo gradu. D. eod. tit.* Atque hi sunt, quos suprà tit. proximo è septimo gradu inter cognatos ad successionem admittebat.

℣. Propius sobrino, &c.] Vult Holoander legendum, proprior sobrino, vt & Hottomannus legit, vt dicatur proprior sobrino is, qui patri meo consobrinus est, quasi quod mihi vna generatione & vno gradu propior sit ipso sobrino, qui, vt supra diximus, in octauo gradu est.

vel pronepos auunculo, vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum heredum, quiq; inter suos heredes sunt, neque adgnationis iure aliquis præferri debeat, (secundum ea quæ tradidimus) exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum, vel sororum vocantur. Qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris vlterioris gradus adgnatis.

COMMENTARII.

NOuus titulus non est, sed appēdix præcedentis. Verùm, quod ad rem attinet, scias cognationem quidem ex natura & sanguine esse, vnde oportet eum & inter seruilis conditionis homines vigere & valere, vide *l.1.§.1.D.de gradib.cognat.* Porrò nunc hoc quærebatur, an, qua de re nunc agimus, huius cognationis seruilis aliqua sint Iura, & effectus, quo ad successionem & alia, præsertim cum lex dicat: quod *attinet ad Ius Ciuile serui pro nullis habentur, vt l. quod attinet. D. de reg. iuris*, & summa hac capitis deminutione omnis omninò cognatio dicatur extingui? vt supra *lib.1. de capitis deminut.* De hoc itaque Paulus sic scripsit *in l. finali. D. de gradib. cognat. Ad leges seruiles cognationes non pertinent, adeò, vt ne subsecuta quidem manumissione, cognatio hac vires & ius aliquod ciuile accipiat. l. is qui D. vnde cognati.* Et quod ad ipsos seruos attinet, id est, quatenus in seruitute manet is, de cuius hereditate quæritur, satis constare potest, seruorum nullam esse hereditatem, cum illi in dominorum sint potestate, quorum & sunt ea quæ possident *l. seruus C. communia. de success.* Verùm si manumissio sit subsecuta, hereditas quidem hic est, sed quam patronus iure patronatus accipit. Hic verò aliud quoddam ius humanius Iustiniano placuit. Sed de hoc potius ad titul. sequentem: eò enim pertinet.

§. 4. Repetitis itaque, &c.

Recapitulatio est successionis ab intestato. Vbi præcipuè excutitur & examinatur, & quidem pulchrè, illa regula: *Qui prior est gradu, potior est iure succedendi.* Sed de his & de tota summa successionis huius iuxta Institutiones nostras supra satis diximus.

DE SVCCESSIONE LIBERTORVM.

TITVLVS VIII.



NVnc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impunè testamento præterire. Nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis eius iuris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur

querela. Si verò adoptiuus filius fuisset, apertè iniquum erat, nihil iuris patrono superesse.

§.2. Qua de causa postea Prætoris edicto hæc iuris iniquitas emendata est. Siue enim faciebat testamentum libertus, iubebatur ita testari, vt patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret, & si aut nihil, aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Siue intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptiuo, dabatur æquè patrono, contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solùm quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, & in adoptionem dati, si modò ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti cōtra tabulas bonorum possessionem ex edicto Prætorio petierant. Nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

§.3. Postea verò lege Papia adaucta sunt iura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, vt ex bonis eius, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quàm tres liberos habebat (siue is testamento facto, siue intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cùm vnum quidem filium filiamue heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine vllo filio filiaue intestatus decessisset; cùm verò duos duasue heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono; si tres reliquerat, repellebatur patronus.

§.4. Sed nostra constitutio (quam pro omni natione, Græca lingua compendioso tractatu habito, composuimus) ita huiusmodi causam definiuit, vt si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, vt pro mille sestertiis vnus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus ius (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reseruauit.

§.5. Cùm verò maiores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, siue vnum, siue plures, cuiuscunque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis vnà cum sua progenie semotis.

§.6. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos, patronasque vocauimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autē aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent,

rent, vel habentes eos exheredauerint, vel mater ſiue auus maternus eos præterierint, ita quòd non poſſint argui inofficioſa eorum teſtamenta, tunc ex noſtra conſtitutione per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non dimidiam (vt antea) ſed tertiam partem bonorum liberi conſequantur, vel quod deeſt eis, ex cõſtitutione noſtra repleatur, ſi quando minus tertia parte bonorum ſuorum libertus vel liberta eis reliquerit, ita ſine onere, vt nec liberis, liberti, libertæue ex ea parte legata, vel fideicommiſſa præſtentur, ſed ad coheredes eorum hoc onus redundet.

§. 7. Multis aliis caſibus à nobis in pręfata conſtitutione congregatis, quos neceſſarios eſſe ad huiuſmodi diſpoſitionem Iuris perſpeximus, vt tam patroni, patronæque, quàm liberi eorum, necnon qui ex transuerſo latere veniunt, vsque ad quintum gradum, ad ſucceſſionem libertorum, libertarumue vocentur, ſicut ex ea conſtitutione intelligendum eſt; & ſi eiuſdem patroni, vel patronæ, vel duorum duarumque, pluriumue liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti, vel libertæ vocetur ſucceſſionem, & in capita, non in ſtirpes diuidatur ſucceſſio, eodem modo & in iis, qui ex transuerſo latere veniunt, ſeruando. Penè enim conſonantia iura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus fecimus.

§. 8. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda ſunt, qui in ciuitatem Romanam peruenerunt, cum nec ſint alii liberti; ſimul & Dedititiis, & Latinis ſublatis, cùm Latinorum legitimæ ſucceſſiones nullæ penitus erant. Quia licet vt liberi vitam ſuam peragebant, attamen ipſo vltimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem admittebant, & quaſi ſeruorum, ita bona eorum, iure quodammodo peculii, ex lege Iunia Norbana manumiſſores detinebant.

§. 9. Poſtea verò Senatusconſulto Largiano cautum fuerat, vt liberi manumiſſoris non nominatim exheredati facti extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam ſuperuenit diui Traiani edictum, quod eundem hominem, ſi inuito vel ignorante patrono, ad ciuitatem Romanam venire ex beneficio Principis feſtinarat, faciebat quidem viuum ciuem Romanum, Latinum verò morientem.

§. 10. Sed noſtra conſtitutione propter huiuſmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipſis Latinis etiam legem Iuniam, & Senatusconſultum Largianum, & edictum diui Traiani, in perpetuum deleri cenſuimus, vt omnes liberti ciuitate Romana fruantur, & mirabili modo quibuſdam adiectionibus ipſas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad ciuitatem Romanam capiendam transpoſuimus.

COM-

COMMENTARII.

Dixi supra in initio huius tractatus, successionem aliam esse ingenuorum, aliam libertorum, vt & aliā bonorum feudalium siue nobilium, aliā allodialium. Et de ingenuorum successione hactenus diximus. Ergò videndum ordine est de successione altera, libertorum, ad cuius quandam saltem imaginem bonorum hæc successio, eorumque conditio venit in vsum. Et quidem ipsorum seruorum nulla est successio, vt supra tit præcedenti dixi. Sed libertorum successio est; nimirum si post manumissionem cognatio contracta sit, quærebatur, quid de bonis liberti, patronòne potius debeantur, an cognatis naturalibus? Et de hac re propriè agit hîc Iustinianus, & inscribit locum de successione libertorum, hoc est, quomodo libertis succedatur. In Pandectis tit. est *de bonis libertor.* Proponit autem Iustinianus de hac re quatuor diuersa iura, quod videbis in textu. Sed Ius nouissimum ex Constitutione Iustiniani est de Iure patronatus. Addit etiam emendationes suas ex titulis *de Latina & Dedititiorum libertate tollenda.* quibus omnes libertos eiusdem Iuris esse vult, & Ciues Romanos, sublatis antiquis differentiis ex variis legibus. Interim tamen alia successio est ingenuorum hominum, alia libertorum, quibus patronus est, vt Vasallus dominus feudalis, qui dicitur senior.

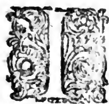
Summa huius Iuris & Constitutionis Iustinianeæ sumatur ex finali §. *sed nostra*, vbi inquit: *Benè consonantia iura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.* Ergò imprimis notetur, libertum testamentum facere posse, quod seruus non potest. Sed si Titius libertus intestatus moritur, succedunt illi liberi, si quos habet; post hos creduntur admitti patroni patronæque, & iis non extantibus, ipsorum liberi æqualiter, nisi tamen ipse parens patronus alicui soli de suis liberis libertum istum suum eiusque bona assignauerit. Et ita intelligatur titulus sequens. Post hos omnes succedunt ipsius patroni agnati & cognati, sed in quintum vsque gradum, & quidem à patroni liberis & cognatis liberto tantùm succeditur secundum prioritatem gradus, & in capita, non in stirpes, vt hic in textu. Vnde tres videntur esse differentiæ inter successionem ingenuorum & hanc libertorum. Vnum adhuc maximè quæri potest: An parentes & cognati à latere ipsius liberti excludant patronum? Et de hoc video nonnullos nimis audacter affirmare sine vllo textu. Quod si testamentum faciat libertus, si quidem centenarius est, id est, centum aureos habeat, si liberos non habet, aut quos habet, exheredauit, omninò debet patrono suo relinquere tertiam partem hereditatis, sine vllo onere; aliàs patronatus eam ab herede scripto virtute Constitut. Iustinianeæ aufert. Sin verò libertus minor est centenario, nihil iuris poterit habere patronus in bona liberti testati. Hæc igitur summa est huius successionis ex Iure nouo.

℣. Minores centenarii, &c.] Centum millia sestertiorum efficiunt aureos illius ætatis mille, & qui hanc pecuniam possiderat, dicebatur centenarius, olim census dicebatur. Porrò Iustinianus postea huius summæ æstimationem veram non tradidit, cum non mille sestertii, sed centum sestertii efficiant aureum vnum. Est autem sestertius idem, quod nummus, & continet duos asses & semissem; as verò continet propriè tres nummos Misnicos.

DE AS-

DE ASSIGNATIONE LIBERTORVM.

TITVLVS IX.



N summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus censuisse Senatum, vt quamuis ad omnes patroni liberos, qui eiusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen licere parenti, vni ex liberis adsignare libertum, vt post mortem eius solus is patronus habeatur, cui adsignatus est, & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interueniente, pariter admitterentur, nihil iuris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum ius recipiant, si is, cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis. Nec tantùm libertum, sed etiam libertam, & non tantùm filio, nepotiuè, sed etiam filiæ, neptiuè adsignare permittitur.

§. 2. Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresue liberos in potestate habebit, vt eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamue liceat. Vnde quærebatur, si eum, cui adsignauit, postea emancipauerit, num euanescat adsignatio? Sed placuit euanescere, quod & Iuliano, & aliis plerisq; visum est. Nec interest, an testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SCto, quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo, Asterio Scapula Consulibus.

COMMENTARII.

DE huius tituli, qui ex Pandectis eodem titulo desumptus est, argumento supra simul dixi. In textu obserua quamdiu hæc assignatio aliis eiusdem patroni liberis noceat, ne & ii vnà succedant, quibus liberis ita assignare liceat, & quomodo hæc ipsa assignatio fiat.

DE BONORVM POSSESSIONIBVS.

TITVLVS X.



Vs bonorum possessionis introductum est à Prætore emendandi veteris iuris gratia. Nec solùm in testatorum hereditatibus vetus ius eo modo Prætor emendauit, sicuti suprà dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.

§. 2. Nam si alienus posthumus heres fuerit institutus, quamuis hereditatem Iure ciuili adire non poterat, cùm institutio non valebat, honorario

norario tamen iure bonorum possessor efficiebatur; videlicet cùm à Prætore adiuuabatur, sed & is à nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi & Iure ciuili non incognitus.

§.3. Aliquando tamen, neque emendandi, neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia, Prætor pollicetur bonorum possessionem.

§.4. Nam illis quoque, qui recte testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes, & adgnatos ab bonorum possessionem vocat.

§. 5. Sed & remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas Iure ciuili.

§. 6. Quos autem solus vocat Prætor ad hereditatem, heredes quidem ipso Iure non fiunt: nam Prætor heredem facere non potest; per legem enim tantum, vel similem Iuris constitutionem heredes fiunt; veluti per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cùm eis Prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores.

§.7. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim Tabularum ius percipiendarum hereditatum, Prætor ex bono & æquo dilatauit.

§.8. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ. Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque *Contra tabulas*. Secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus Prætor pollicetur, ideoque vocatur *Secundum tabulas* [testamenti.] Et cùm de testatis priùs loquutus est, ad intestatos transitũ fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur *Vnde liberi*. Secundo, legitimis heredibus.

§.9. Tertio, decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ, pater, mater, auus, auia, tam paterni quàm materni, item filius, filia: nepos, neptis, tam ex filio quàm ex filia: frater, sororue, consanguinei, vel vterini. Quartò, cognatis proximis. Quintò, *Tanquam ex familia*. Sextò, patrono, patronæque, liberisque eorum, & parentibus. Septimò, viro & vxori. Octauò, cognatis manumissoris.

§. 10. Sed eas quidem Prætoria introduxit iurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est, sed nostris cõstitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas quidem, & secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, vtpote necessarias constitutas, nec non ab intestato, *Vnde liberi*, & *Vnde legitimi*, bonorum possessiones.

§.11. Quæ

§.11. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est, *Vnde decem personæ*, eam pio proposito, & compendioso sermone superuacuam ostendimus. Cùm enim præfata bonorũ possessio decem personas præponebat extraneo manumissori: nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, vt ipsa manumissio eorum hoc in se habeat priuilegiũ, & superuacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorũ possessione, in gradum eius sextam antea bonorũ possessionem induximus: & quintam fecimus, quã Prætor proximis cognatis pollicetur

§.12. Quùmq; antea fuerat septimo loco bonorum possessio, *Tanquam ex familia*, & octauo, *Vnde patroni, patronæque, & parentes eorum*, vtramque per constitutionem nostram, quã de Iure patronatus fecimus, penitus euacuauimus. Cùm enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuerimus, quas vsque ad quintum gradum tantummodò coarctauimus (vt sit aliqua inter ingenuos, & libertinos differentia) sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quàm *Vnde legitimi*, & *Vnde cognati*: ex quibus possunt sua iura vindicare, omni scrupulositate, & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluta.

§.13. Aliam verò bonorum possessionem, quæ, *Vnde vir & vxor*. appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore seruauimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus. Decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat *Vnde cognati manumissoris*, propter causas enumeratas meritò sublata, vt sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

§.14. Septima eas sequuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Nouissime enim permittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus vt detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili iure connumerauit, sed quasi vltimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodauit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve Principum, ex nouo iure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

§.15. Quùm igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in vnaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differentur, sed haberent quos conuenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfiniuit.

§. 16. Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus quàm adoptiuis, in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem [adgnatis, vel cognatis] centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, eiusdem gradus personis adcrescit, vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset.

§. 17. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiauerit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

§. 18. In petenda autem bonorum possessione dies vtiles singuli considerantur. Sed benè anteriores Principes & huic causæ prouiderunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

COMMENTARII.

DEINCEPS de bonorum possessionibus, nouo modo acquirendæ hereditatis, tam ex testamento, quàm ab intestato, & sic nouo modo acquisitionis vniuersitatis, vt supra *lib. 2. tit. 9.* Et supra quidem huius capitis sæpius, & in loco de successione testamentaria, & rursus de successione ab intestato, meminit. Sed nunc ex professo sumit id caput explicandum, de quo in Pandectis *lib. 37. & 38.* per aliquot titulos. Et hæc de continuatione. Nunc videamus de materia ipsa, seu argumento materiæ. Lex ciuilis de successionibus cognatorum (loquor generaliter) supra modũ durior & rigidior fuit, & familiarum sanguinisque nimis arctã ærarii & fisci causa habuit rationem. Prætor igitur, de quo scribitur, quod sit viua vox legis, quod adiuuandi, supplendi, & corrigendi Iuris ciuilis gratia Ius dixerit, quod æquitatẽ naturalem spectarit, *l. 7. & 8. D. de legib. l. 1. D. de pact. l. 6. D. eod. tit. & infra eod.* hic, inquam, emendauit huiusmodi legum rigorem, duritiẽ, iniquitatẽ. Sic enim sæpe dicitur supra *tit. 2. §. cætera & §. pen. tit. 3. §. 1. tit. 5. §. 1. & deniq. tit. 7 §. 1. & 2.* Eos igitur, quos leges ciuiles excluserunt, cum tamen ratio sanguinis ad hereditatem & successionem eos admitteret, ipse saltem admisit, permissa bonorum possessione, & de hoc proposuit edictum. Porrò vero hoc suum edictum de danda bonorum possessione tam ex testamento, quàm ab intestato, ita proposuit, vt possint eo etiam vti, quos aliàs lex ciuilis admittit. Et in eo ipso habuit rationem successionis; proposuitque simul successorium edictum; tempus etiam præstituit, intra quod bonorum possessio petenda & agnoscenda sit, vt sic expeditius sciant sequentes gradus, vtrùm ipsi admitti possint; imò verò, vt sciant creditores hereditarii, quem conuenire possint, & vtrùm ipsi in possessionem bonorum mitti possint, ex primo & secundo decreto, vt fieri solet. Sed de hac successione, & de hoc tempore postea.

Nunc prius videamus alia, ex hoc breui argumento necessariò disputanda. Primum quæritur, an igitur prætor eos heredes fecerit, quos lex exclusit? Et ait textus, non fecisse, neque potuisse quidem. *§. quos autem. infra eo.* sed possessores bonorum fecit, ad exemplum heredum *d. §. quos autem.* Ex hoc nunc secundò quæritur, an nunc igitur hæc differen-

tia

tia realis sit, id est, anne reuera & re ipsa intersit inter heredem siue hereditatem ex Iure ciuili, & bonorum possessionem, iuxta edictum Prætoris? Et rursus hoc quæritur, cum alii nonnulli, vt dixi, ipso iure ciuili heredes esse possint, cur prætor sic suum edictum proposuerit, vt & ii eo vti possint, quænam ex hoc illius vtilitas? Tertio & hoc examinato, cum huius tractatus occasio, & vt vocant causa impulsiua fuerit differentia Iuris ciuilis inter emancipatos & suos; item agnatos & cognatos tantùm, & hæc omnia Iure nouissimo, nempe *Nouella 118.* sublata sint; anne hodiè huius tractatus magna aliqua vtilitas sit, aut potiùs videatur totus ille locus ex Iure Nouellarum emendatus? Nouissimè & hoc quæritur, cùm prætorum functio cum translato Imperio sublata videatur, quomodo nunc, & quo discrimine hæ bonorum possessiones petendæ & acquirendæ sint? Et de his nunc videbimus, postea de variis bonorum possessionibus, siue de loco diuisionis; tum vt dixi de successione & tempore, & deinceps ad textum.

Igitur bonorum hæc possessio, de qua agitur, sic ab Vlpiano definitur: *Bonorum possessio est ius persequendi, retinendiq; patrimonii siue rei, quæ cuiusq;, cum is moritur, fuit l.3.D. eod tit.* Et est omninò inter eam & successionis Ius ex Iure ciuili differentia. Primò enim hereditas acquiritur nuda aditione, *vt supra lib.2.tit.19.* At bonorum ista possessio, etsi ex edicto competeret, nec magnam causæ cognitionem desideraret, & ideò cessionem prætoris siue Magistratus necessariò non requireret, sed de plano, vt aiunt, extra tribunal peti possit, solemniter à prætore petenda erat, qui eam pro iure decernebat & pro sua Iurisdictione in possessionem mittebat, *vt infra nostro tit.* Secundò heres à iure hereditatis non excluditur nisi 30. annis. Bonorum vero possessionem hanc prætoriam oportebat petere & cognoscere ad summum intra annum. vide *l.licet. C. de iure delib. item D.tit.de successorio edict. & infra in nostro text.* Tertiò heres aduersus eum, qui bona possidet, habet actionem in rem directam, qua dicit, bona ea & hereditatem suam esse; & vocatur petitio hereditatis. Bonorum verò possessor habet actionem in rem vtilem, & ad instar heredis dicit in libello conuentionali, bona ea sua esse, *D.de possess.hereditatis petitione.item.D.eod.l.12.& 13.* Amplius tamen etiam habet bonorum possessor interdictum adipiscendæ possessionis, in quo non est tanta difficultas probationis, quæ alioquin incumbit actori, vt suo loco de interdictis audietis.vide *D. & C. quorum bonorum, &c.* Et hæ sunt differentiæ inter bonorum possessionem & hereditatem; ex quibus intelligitis aliquando hanc, aliquando istam commodiorem & vtiliorem requiri.

Et iam ad alteram, adeoque etiam ad tertiam quęstionem respōderi potest. Primùm, agnatos & tales alios (scilicet liberos) iure ciuili heredes quidem esse posse; sed tamen in hoc etiam vtilem esse bonorum possessionem, vt vti possint interdicto ad commodum in loco de probatione. Adde quod iustius videntur possidere, qui auctore Iudice possident, iuxta *l.iusta D.de acquir.poss.* Et sic igitur prætor ab ipsa bonorum possessione ius ciuile non modò corrigit, sed & supplet, & adiuuat, vt postea in textu. Deinde vides nunc etiam de tertia quæstione, vtilem & omninò necessariam esse adhuc hodiè bonorum possessionem. Ad interdictum quod attinet, & hoc plerique omnes aiunt. Sed hæc tamen non est simplex necessitas, sed cum adiuncta. Ergò & hoc amplius obseruandum, vtcunque differentia emancipatorum & suorum sublata sit, quo ad successionem ab intestato, non tamen esse eā penitus sublatam, quo ad successionem ex testamento, vt hic etiam simpliciter sit necessaria bonorum possessio, vt, quia is, de quo quæritur, heres iure ciuili esse non possit, vel tum ex manu prætoria, siue edicto prætoris, bonorum possessionem petere debeat, eo modo & iis rationibus, de quibus dixi. Ecce, Titius

pater facto testam. filiũ à se emancipatũ offensiori animo præteriit, instituta forte herede vxore emãcipati nouerca; Mortuo patre filius, qui nõ debuit nec potuit ita præteriri, aduersus nouercã instituit actionẽ & petitionẽ hereditatis, & intendit eã hereditatẽ suã esse sibiq; restituendã. Depulsio nouercæ est; imo mea est, quæ sum instituta. Iam excipiendo dicit filius. Sed me præterito tibi ea hereditas dari nequit. Duplicando deinceps nouerca siue Nouercæ Aduocatus dicit: Atqui hereditatem eam tamen ab ipso ita vendicari non posse, cum non ideo hereditas sit ipsius, quòd pater mortuus sit & inique illum præterierit. Triplicando nunc filius: Testamentum, quo à patre præteritus est, nunc iure esse nullum, itaq; ab intestato ad se delatam hereditatem, quam nudo animo adiit, & sic recte vendicat. Nascitur nunc status, an hereditas hæc nuda aditione acquiratur, vt ita vendicari possit? Respondent ICti: Non; sed fuisse petendam bonorum possessionem cõtra tabulas testamenti, quæ cum iusto tempore petita non sit, hereditatem eum amplius vendicare non posse. Vide supra *de exhered. lib.* & ibi erudite Viglius, & idem *ad tit. de inoff. testamento.* Vides bonorum possessionem & eius disputationem hodie omnino inutilẽ nõ esse, vel nõ necessariam. Imo vero ex hoc amplius colligunt interpretes plures casus, & prope viginti & vnum, quibus aiunt bonorum possessionem adhuc necessariam esse, de quo vide Angelum. Item Iasonem.

Sed nunc de loco & quæstione postrema: A quo igitur & quemadmodum bonorum possessio petatur? De hoc scribit Iustinianus ex Constantino Principe: Hodie mutato imperio qualemcunque testationem amplectendæ hereditatis apud Iudicem quemcunque aut Magistratum vsurpandam; idque sufficere *l. pe. & vlt. C. qui admitti ad bonorum poss. possint.*

Atqui aliud tamen est acquirere hereditatem nuda aditione, vt fit ex Iure ciuili vt supra *lib. 5. tit. 19.* Porro scribit Ioann. Oldendorpius, vsq; adeo iustã & honestã videri bonorũ hãc possessionis formam, vt hodie in plurib. locis, in successione testata pariter & intestata, illa solũ percipiatur, ita vt nemo admittatur ad hereditatẽ, nisi Magistratui antea se insinuet, ac fidẽ suæ successionis palã faciat. Addit etiam, eos, qui ex statutis vel cõsuetudinibus admittuntur, siue vocantur ad hereditatem, prætorios effici heredes. Vide eum *in classib. actionum, classe 5. act. 5.* Et tale quid infra in textu videbimus *in bonor. possess.* Et hactenus de vsu.

Restat nunc, vt de variis bonorum possessionibus, ad præsens institutũ quod attinet, & quot sint omnino capita, siue ordines huius edicti de bonorum possessionibus, dicamus. Igitur imprimis bonorum hę possessiones aliæ emendandi impugnandiue, aliæ supplendi, aliæ denique adiuuandi Iuris ciuilis causa sunt repertæ. Et ex hoc ipso alia existit diuisio, nempe quod aliæ necessariæ sint, aliæ necessariæ non sint, sed vtiles tantum ad interdicendum, de quibus supra monui, & audituri sumus in textu. Tertia deinceps diuisio est, quod bonorum possessiones aliæ ex testamento, aliæ ab intestato competunt. Et primus quidem locus datur bonorum possessionibus facto testamento. Quamdiu enim potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Vide *l. 1. D. si tabulæ testam. nullæ extabunt.* Et eædem bonorum possessiones ita demum competunt & valent, si rite sit factum testamentum ex Iure ciuili: tunc enim prætor eius sententiam aut confirmat & adiuuat, aut infringit tanquam minus iustam. Itaque duę sunt bonorũ possessiones ex testamẽto. Prior dicitur bonorum possessio secundum tabulas, quæ datur scriptis heredibus: Posterior contra tabulas, quod vsitate appellamus **Eynsetzen in Krafft eines Testamens/oder entweder im Testament.** Et hæc de bonorum possessione ex testamento.

Nunc de iis, quæ competunt ab intestato. Vbi

Vbi sunt bonorũ possessiones octo hoc ordine. Prima, *Vnde liberi*. Secundo, *Vnde legitimi*. Tertia, *Vnde cognati*. Quarta, *Vnde Vir & Vxor*. Quinta, *Vnde decem personæ*. Sexta, *Vnde qui ex familia*. Septima, *Vnde patroni patronæque*. Octaua, *Vnde cognati manumissoris*. Et sic sunt in diuersum bonorum possessiones, quæ locum habent in hereditatibus & ingenuorum & libertinorum, decem, quibus tamen additur adhuc extraordinaria bonorum possessio, tam ex testamento, quã ab intestato competẽs, quæ dicitur *Vnde siue qua ex legibus*. Iustinianus tamen ex his, quæ ab intestato competunt, posteriores quatuor sustulit, cum iis, quibus eæ competebant, sufficiant aliæ præcedentes, ex quibus ius suum cõsequantur. Et sic sunt nunc bonorũ possessiones in vniuersum sex, quib. tamen addatur septima extraordinaria Iam de successorio edicto, & de tempore petendæ siue agnoscendæ bonorum possessionis. Proposuit prætor in obtinenda bonorum possessione successorium edictum, quo vocat ab intestato, de ordine in ordinem, & in ipsis ordinibus de gradu in gradum; nimirum, primum vocat liberos, *Per vnde liberi*. & sine gradu: deinde agnatos *Per vnde legitimi*. & tum cognatos, *Per vnde cognati*, & in his secundum prioritatem gradus. Et si, qui prior est gradu, delatam hereditatem repudiat, tum vocat proximum, vbi etiam ius accrescẽdi locum habet. Ad acceptandum etiam & repudiandum tẽpus præstituit; & quidem liberis & parentibus dat annum, cæteris centum dies. Tempus autem hic consideramus, non continuum, sed vtile, nempe, non nisi illos dies, qui vtiles ad petendam bonorum possessionem numerantur. Sed tamen currit & imputatur id tempus scientiæ, quo incipit scire, bonorum possessionem ad se pertinere, & quo petere possit; atque si hoc tempus sine petitione effluxit, nimirũ filio dies 365. iam excidit hoc iure, & admittuntur alii. Vbi & illud obseruandum, si alius forte intra tempus suum significet, se bonorum possessionem non agnoscere, statim alium sequẽtem vocari, siue admitti, cui incipit iã nunc à die scientiæ suũ tempus currere. Verbi gratia: Cum mortuo Titio post 50. dies, frater, qui vocatur inter agnatos, primus repudiat, existẽte simul patruo, is patruus illicò nunc admittitur, & incipiunt illi currere dies petitionis centum. Et de his omnibus *in tit. Pandect. de successorio edicto*. Atque hæc hactenus. Nũc ad ipsum textum videbimus, quibusnam competant singulę bonorũ possessiones, siue qua quisque bonorum possessione vti possit?

§. 8. Sunt autem bonorum.

Bonorum possessiones ex testamento, vt diximus, sunt duæ. Prior secundum tabulas, quæ datur scriptis heredibus. Altera contra tabulas, & hæc primum datur liberis prętеritis in testamento, pręsertim emancipatis, quibus, aiunt docti, si in testamento paterno nec sint instituti nec exheredati, hodie etiam hęc bonorum possessio necessaria est, & hoc nuper proposui. Secũdo datur hęc bonorum possessio patri emãcipatori à filio suo pręterito. *D. si à parente quis manumissus fuerit*. Tertio datur patrono cõtra tabulas liberti, *vt supra tit. de success. libert*. Quartò possunt ea etiã liberti sui vti, quod eo pertinet & prodest, vt eo modestius, reuerentius & lenius videãtur testamentum patris impugnare, de quo Viglius *ad ti. de exhered*. Nũc ad bonorũ possessionem ab intestato, & primum *Per vnde liberi* ab intestato vocãtur tam sui quã emancipati liberi. Sed olim illa bonorũ possessio necessaria erat, hodie vterque Iure ciuili heres esse potest. Ad interdicendũ tamen prodest bonorum possessionẽ accipere. *Per vnde legitimi* vocantur post suos, & eos, qui cum suis *Per vnde liberi* vocari solent cognati & nonnulli alii quoque; quib. SCtum & Principum constitutiones legitimam hereditatẽ tribuerunt. Vocatur hac parte edicti etiam manumissor ad successionem eius, qui à se manumissus est. *leg. 2. D. vnde legitimi. & supra tit. 2. §. fin.* Et vbi ea bonorum possessio

hodiè

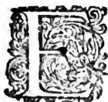
hodiè necessaria sit vel non sit, facilè est obseruare ordines discendi. Tertiò per *unde decem personæ*, vocantur decem personæ, quæ emancipatori & extraneo manumissori, cum facta esset emancipatio, sine fiducia à prætore saltem præferebantur, de quibus habes in textu. Hæc bonorum possessio sublata est. Quartò per *unde cognati*, vocantur ii cognati, qui cum suis & agnatis admitti non solent nec possunt, de quo *supra titul. 5. & D. unde cognati*. Quintò per *tum quem ex familia* vocantur ad successionem liberti, mortuo iam ipso patrono agnati patroni in quintum vsque gradum, *vt supra de success. libertinorum*. Alibi paulò aliter. Sed de his antiquitatibus consule, si placet, latiùs Hottomannum. Hæc itidem sublata est. Sextò per *unde patroni, &c.* vocantur ad bona liberti ipse patronus eiusq́ liberi & parentes; & alii etiam agnati, *de quo supra*. Sed & hæc sublata est. Septimò per *unde vir & vxor* vocantur post liberos agnatos & cognatos inuicem vir & vxor. *D. & C. unde vir & vxor*. Octauo per *unde cognati* manumissores vocantur tandem ad bona liberti patroni patronæq; cognati in quintum vsque gradum. Est & hæc quoque sublata, cùm sufficiat hic communis illa bonorum possessio *unde cognati*, vt & 5. loco siue *6. unde legitimi*. Et hæc deinceps Iustinianus vult dicere, cum scribit, se tollere bonorum possessionem quintam, 7. 8. & 10. Et hoc igitur modo ex his edictis & bonorum possessionibus succeditur.

§. 14. Septima eas sequuta, &c.

Hæc est bonorum possessio extraordinaria, de qua supra monui; eamque retinet Iustinianus. Est autem ea res talis, vt si noua aliqua lex, Senatusconsultum, vel constitutio aliquem ad bonorũ possessionem vocet nominatim, is solummodo per bonorum possessionẽ admittatur; quæ dicitur bonorum possessio, qua ex legibus, vt quę legum tuendarũ causa introducta & data est à prætore. *D. vt ex legibus & S C. bonorum possessio detur*. Et hucusq; de successionib. & hereditatibus.

DE ACQVISITIONE PER ADROGATIONEM.

TITVLVS XI.



EST & alterius generis per vniuersitatem successio, quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo iure, quod consensu receptum est, introducta est. Ecce enim cùm paterfamiliâs sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales & incorporales, quæq; ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno iure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionẽ pereunt, quales sunt operarum obligationes, & ius adgnationis. Vsus etenim & vsusfructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio. Nunc autem nos eandẽ acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctauimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo vsusfructus, tam naturalibus parentibus, quàm adoptiuis per filiosfamiliarum acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obueniunt, dominio eis integro seruato.

§. 1. Mor-

§.2. Mortuo autem filio adrogato in adoptiua familia, etiam dominium rerum eius ad adrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.

§.3. Sed ex diuerso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem iure adrogator non tenetur, sed nomine filii conuenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona, quæ eius cum vsufructu futura fuissent, si se alieno iuri non subiecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.

COMMENTARII.

SEquuntur alii modi acquisitionis per vniuersitatem, *vt supra lib.2.tit.9.* Et imprimis annumerat arrogationem speciem vnā adoptionis, de qua re dictum est *lib.1.tit.de adopt.§. illud proprium* & extat *in leg.15.D.de adopt.* Ecce, si quem arrogaueris (vt cum Diuus Augustus Tyberium arrogasset) is in tuam potestatē venit, vt in eum omne ius patriæ potestatis exerceas; ex quo omnino fit, vt quicquid habet & quicquid deinceps acquirit, id tibi acquirat, exceptis saltem bonis castrensibus vel quasi, *vt li.2.tit.9.* & hodie etiā adventitiis, quantum ad proprietatem, vt ibidem. Vides igitur, quando & qua ratione sit hic acquisitio per vniuersitatē. Porro deinceps etiam quędam excipit ab illa acquisitione, quæ docebit textus. Et qui ordine discit, hæc per se intelliget. Potes etiam cognoscere, si quid emendatum sit. Ad finem ostēdit, si ita arrogatus aliquid debet ex contractu ante arrogationem factam, quid in his patrem nouum facere oporteat?

DE EO, CVI LIBERTATIS CAVSA BONA ADDICVNTVR.

TITVLVS XII.



ACcessit nouus casus successionis ex constitutione diui Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conseruandarum causa, audiuntur. Et ita diui Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: *Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine, successore ab intestato existente in ea causa bona eius esse cœperunt, vt venire debeant, is, cuius de ea re notio est, aditus, rationem desiderii tui habebit, vt libertatum tam earum, quæ directò, quàm earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi; si idoneè creditoribus caueris de solido, quod cuique debetur,*

soluendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset. Ii autem, quos heres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur, ita vt si non alia conditione velis tibi bona addici, quàm vt ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram adcommodamus. Et ne huius rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui rebus nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, vt libertas iis salua sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hereditas ex testamento adita esset.

§. 2. Hoc rescripto subuentum est, & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditorib. possideantur & væneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio. Existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui solido creditoribus cauet.

§. 3. Imprimis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. [Quid ergo si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas, an fauor constitutionis debebit locum habere? Certè si intestatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium est. Tunc enim constitutioni] locum esse verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergò quamdiu incertum erit, vtrùm existat, an non, cessabit constitutio. Si verò certum esse cœperit, neminem existere, tunc erit constitutioni locus.

§. 4. Si is qui in integrum restitui potest, [abstinuerit hereditate, an quamuis potest in integrum restitui, possit admitti constitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo] si post addictionem libertatum conseruandarum causa factam in integrum sit restitutus? Vtique non erit dicendum reuocari libertates, quia semel competierunt.

§. 5. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergò si libertates nullæ sint datæ, cessat [hæc] constitutio. Quid ergo si viuus dederit libertates, vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, vtrùm in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona, an audiendi sint? Et magis est vt audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

§. 6. Sed cùm multas diuisiones eiusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus ius huiusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

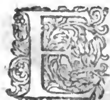
COM-

COMMENTARII.

ALIVS iterum casus est acquisitionis vniuersalis, si cui bona alicuius addicuntur, qui est quasi successor quidam & bonorum possessor. Et hoc fit præcipuè libertatum conseruandarum gratia, vt hic deprehendas singularem fauorem libertatis. Hoc autem ius originem & occasionem sumpsit ex facto inter Verginium Valentem testatorem & Pompilium Rufum eius seruum, quem testamento manumiserat. Ergò ex casu colligemus huius tractatus conclusiones vel theses. Cùm Verginius is facto testamento heredem sibi scripsisset, Rufoque libertatem legasset, factum est, vt heres suspectam hereditatem repudiasset. Itaque recidit res ad causam intestati. Sed nec hic quisquam eam hereditatem petit. Igitur deuoluitur ad fiscum. Quòd si & Fiscus abstineat, fit, vt nemo sit idoneus defensor; & sic tandem à creditoribus ipsis bona occupantur, bonaque venduntur, reuocatis etiam libertatibus datis. Et ita non parua afficitur ignominia defunctus. Et libertates etiam, quibus leges maximè fauēt, intereunt. Quid nunc? Subuenit in extrema hac necessitate D. Marcus, approbante hic etiam Iustiniano, & fauore vltimarum voluntatum atque libertatum constituit, vt possint eo casu bona addici cuicunque petenti, & creditoribus idoneè cauenti; adeo vt vel seruo vno testamento manumisso possint bona addici, vt iste deinceps libertates datas seruet, & seruos liberet; ita, vt hic in textu. Vides igitur quando & quamobrem dicatur acquisitio per vniuersitatem. Et hæc de summa tituli. Iam, vt fit, incidunt aliæ adhuc quæstiones de sententia ipsius rescripti examinanda, & ad alios varios casus applicanda. Quid si incertum sit, an institutus heres sit extiturus? Quid si minor sit institutus heres, qui potest abstinere & post pœnitere, & in integrum restitui? Quid si libertates testamento non sint datæ, sed ab intestato aut aliàs Codicillis? Quid si saltem datæ sint inter viuos? Quæritur an rescripto diui Marci locus sit? De his monetur ad textum. Et obseruate totum titulum desumptam *ex tit. C. de testamentaria manumission. vbi in l. 6. in fi. item tit. D. de fideicommissariis libertatib. vbi in l. 2. 3 & 4. &c.*

DE SVCCESSIONIBVS SVBLATIS, QVÆ FIEBANT PER bonorum venditiones, & ex SCto Claudiano.

TITVLVS XIII.



ERant ante prædictam successionem olim & aliæ per vniuersitatem successiones, qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, & tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in vsu fuerant, sed quùm extraordinariis iudiciis posteritas vsa est, ideò cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expirauerunt, & tantum-

modò creditoribus datur officio Iudicis bona possidere, & prout vtile eis visum est, ea disponere, quod ex latioribus Digestorum libris perfectiùs apparebit.

§. 2. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per vniuersitatem acquisitio, quùm libera mulier seruili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra ciuitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

COMMENTARII.

FVERVNT adhuc alii duo modi acquirendi dominium vniuersaliter, siue acquisitionis per vniuersitatem. Prior ex perfidia siue propter perfidiam sui debitoris. Posterior propter turpem libidinem liberę mulieris, quæ iunxit se alieno seruo. Sed hos modos ait esse sublatos. Verumenimuerò inuenta noua ratione vindicandi facinus, & quod ad modum hunc postremum attinet, constitutum est, vt seruus is stuprator à domino potius puniatur, & à muliere libera auellatur, de quo *C. de Senatusconsulto Claudiano tollendo.* Quod ad modum primum attinet, dicendum est de hac re eleganti & vtili paulò diligentius. Et præsertim hic locus dignus est, qui hoc tempore benè excutiatur; hoc enim vult Iustinianus, cùm sæpe docet, ius ad mores & tempora accommodandum. Et quidem, quo magis ipsius Constitutionis vis & æquitas percipiatur, dicendum est de iniustitia & iniquitate, in hac debitorum perfidia & fallatia & frustratoria mora. Aliàs dicimus etiam de creditorum auaritia & rapacitate in vsuris. Sed vide, ne etiam huius vsurariæ exactionis sit aliqua causa irritatrix, ingratitudo & debitorum illa in soluendo mora & fallacia. Dicere soleo accidere nobis, iuxta illud vulgare: *Iniquum petitur, vt saltem æquum feratur.* Verissimum dictum est: *minus dat & minus soluit, qui tardius soluit.* Est autem soluendum æquale, aliàs committitur iniustitia. Et rectè monuerant veteres, illum, qui beneficium accepit, sua sponte memorem esse oportere beneficii. Qua in re laudatur dictum Hesiodi, quod allegat Cicero *in Offic.* Iam verò est in omni contractu, vbi alter alterius pecunia, opera & officiis vtitur, affici eum magno beneficio, vt in cõmodato, mutuo, locatione, emptione, & concessione rerum ad hanc vitam necessariarũ. Et qui hic ingratus est, de eo rectè scriptum est: *Non recedet malum à domo ingrati.* Item, *Væ qui prædaris, quia prædaberis,* Et rursum: *Qui non soluit mercedem laboranti, vir sanguinum est.* & alibi: *Impius mutuatur & non soluit.* Quid tamen accidit in hoc exulceratissimo extremi temporis seculo? Id sanè, quod Comicus scribit de mutuo: *Si quis mutuum quid reddit, magna habenda est gratia.* Imo eò peruersitatis mores nostri dilapsi sunt, vt velint etiam homines huius seculi sibi gratiam haberi, si quod dum vix soluant.

Quis hic non exclamaret: ô mores, ô seculum! Sed quis curet, quis legat hæc? Audiamus homines politicos & in Republica versatos. Seneca quidem dixit: *Vocem iuris gentium præ se fert: Solue, quod debes.* Et Cicero vim & effectum eius in vsu & vita ciuili ostendit: *Nulla,* inquit, *res est, quæ vehementius Remp. conseruat, quàm fides; fides autem nulla esse potest, nisi sit solutio necessaria rerum creditarum.* Et Cælius Iurisconsultus sic dixit: *Existimarunt veteres adimi subsidium hoc*

inopiæ

inopia temporaria, quo communis hominum vita indiget, si perfidia debitorum sine graui pœna eluderet. Audi igitur nunc Constitutiones, & primum veterem, de qua tamen dicā breuiter, quando Auctor, qui hęc eleganter persequitur, omnibus sit in manibus (Corn. Tacit.) Ergò post certum tempus, quod datur iudicatis, nimirum dies 30. debitor, petente id creditore, in seruitutem ei addicebatur; vnde & addictus dicebatur; & ab eo proprio arbitrio vinctus domum duci, & , si ita visum esset, vēdi poterat. Imò verò si plures essent creditores, apertè lex concessit, vt secare etiam hominem liceret. De quo vide Agell. *lib. 20. cap. 1.* Item Fabium Quintilianum *cap. 8. lib. 3.* Sed ab hoc præduro iure recessum est, vt postea audies. Quid tamen de hoc idem Cælius Iurisconsultus? *Apparet* (ait) *eo consilio tantam immanitatem pœnæ esse denunciatam, ne ad eam vnquam perueniretur. Addici namq; nunc & vinciri nullos videmus, quia vinculorum pœnas deterrimi homines contemnunt. Dissectum tamen antiquitus hominem, neq; legi, neque audiui, &c.* Hæc ille. Hic occurrit illud Iurisconsulti *in l. 16. §. fin. D. de pœnis. Nonnunquam euenit, vt aliquorum maleficorum supplicia exacerbentur, quoties nimirum multis personis grassantibus exemplo opus est.* Et deinde etiam alterum illud, quod in grauib. rebus dicere solent: *Qui non habet in ære, luat in corpore.* Sed, vt dixi, ab hoc iure discessum est; & Quintilianus scribit, eam legem morem publicum repudiasse; neque fit vllius veteris iuris in libris nostris, quod sciam, vlla mentio. Extat enim Diocletiani & Maximiani cōstitutio in hanc sententiam: *Ob æs alienum seruire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur. l. ob æs. D. de obl. & act.* Aliud igitur ius in perfidos debitores hoc loco proponitur, quod explicat latius Theophilus; & de hoc multa eleganter Cicero *pro Quintio.* Sed nec eo iure nunc ita vtimur, vt postea indicat. Est autem postremum ius hoc. Confessis, iudicatis & condemnatis datur ad soluendum tempus quatuor mensium; post hoc demum creditor id petens ex primo & secundo decreto mittitur in bona siue in possessionem bonorum ipsius debitoris, saltem pro mensura debiti declarati, eaque bona, vt sibi satisfiat, diuendit. *C. de bonis auctoritate Iudicis possidendis, vbi in l. 6. & 9. cum auth. seq.* Et de ipsa venditione bonorum extat textus *in l. à diuo Pio. §. in venditione. D. de re iudicata.* Quòd si autem nec sic creditori satisfieri posset, debitor, si præsto est, in carcerem coniici etiam potest, donec soluat, nisi tamen bonis cesserit. *l. 1. C qui bonis cedere possit.* Nam facilè illud beneficium cessionis bonorum concessum est, vt cedendo bonis liberentur debitores à carcere. *dict. l. 1.* Sed de cessione bonorum suo loco. Et tamen qui vinctum habet suo nomine in vinculis publicis, eum alere debet; pręscriptaque est plerumque alimentorum quantitas. Tale quid etiam in veteri iure legitur, vt videbis *in dicto loco Agell.* Et eo iure vtimur, vide etiam *l. 24. D. de re iudicata.* Et huc alludit Phormio Terentianus, dicens: *Ducēt damnatum domum, alere nolunt hominem edacem.* Sunt, qui disputant, debitorem ob æs alienum incarcerari non posse. Sed si loquentur de carcere priuato, quis id nescit? Sin de carcere publico, infirma sunt argumenta, nec multum virium habent. Sed nunc videamus Ius Saxonicum. Hoc iure cauetur, vt debitor confessus & conuictus corpore etiam addicatur creditori, vt illi seruiat, *lib. 3.* **Landtrecht.** Sed hoc tamen ita intelligunt, non vt seruiat ad modum veteris seruitutis, & vt ius vendendi etiam concedatur; sed vt seruiat ad operas, quæ etiam imputantur ad solutionem debiti. Atqui interim etiam ab ipso creditore alendus est, ita vt alia ipsius familia alitur. Vide quæ amplius notantur *in dict. artic. 39.* Hic iuris Saxonici duritiem quidam accusant, sed mihi mitius esse videtur, quàm ius nostrum de carcere. Meminit etiam textus ille iuris Saxonici fideiussorum, vt capi & detineri non possint, qui fideiussores constituunt. De quo vide *gloss. ibi-*

dem. Iam est & alia differentia inter ius nostrum ciuile & Saxonicum; nimirum iure Saxonico iudicatis non quatuor septimanæ, sed 14. saltem dies dantur. De consuetudine tamen aiunt dari sex hebdomadas & tres dies. Vide *lib.1* Landrecht/*articul.70. & libr. 2.art.5.* Eodem iure aiunt cessionem bonorum ab addictione illa, quæ fit creditoribus, non liberare, *ex d art.39.lib 3.*

Porrò verò, quod hactenus diximus de tempore, quod datur iudicatis, die Friesse/ pertinet saltem ad actiones personales: nam in actionibus in rem confessis, iudicatis & condemnatis, qui rem possident, magis imponitur necessitas (nisi tamen aliqua dilatio danda sit ex æquo bono) illicò restituendi, & resipsa manu militari aufertur. Quis enim hic patiatur tergiuersationem? Vide *l. officium. & l. qui restituere D. de rei vend.* Hæc igitur sunt nostræ leges aduersus perfidiam debitorum, vt loquitur Cælius ICtus; & pertinent ea etiam ad locum de executione rei iudicatæ siue sententiæ in processu; de quo vide Chil. König *in processu c.103 & 104.* Et vt hic concludam cum exhortatione, nos in istis contractibus teneamus illud Pauli, ne quis circumueniat in negotio fratrem suum, *ad Thes.4.* & Psal.112. dicitur: *Vir bonus administrat negotia sua iustè.* Sed deinceps etiam, Deo dante, de ipsis contractibus, &c.

DE OBLIGATIONIBVS.

TITVLVS XIV.



Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est Iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ secundum nostræ ciuitatis iura.

§. 2. Omnium autem obligationum summa diuisio in duo genera deducitur: namque aut Ciuiles sunt, aut Prætoriæ. Ciuiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo Iure ciuili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas Prætor ex sua iurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

§. 3. Sequens diuisio in quatuor species diuiditur. Aut enim ex contractu, aut quasi ex contractu sunt, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est vt de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu, de quibus singulis dispiciamus.

COMMENTARII.

Methodvm harum Institutionum & continuationem sumendam esse ex *l.1.&2 D de statu hom.* docet §. *2. tit 2 lib.1 harum Institut.* Et quidem post personas de Rebus agitur; in quib. veluti causis siue materia litium, spectatur primùm dominium, deinde obligatio. Ergò obligatio ad res pertinet. Et id disertè explicat *tit. supra. de rebus corpo-*

corporal. & incorp. & §. fin. supra de vsu & habit. Vt proinde ab hac ratione continuandi non possim discedere, vtcunque aliis cum Accursio aliud placuerit. Iam videamus de inscriptione, vbi de nomine & definitione rei. Obligatio dicitur à verbo, *ligo*, quod significat vincio: loquitur igitur figuratè & metaphoricè, quam rationem metaphoræ pulchrè indicat hic Accurs. & conueniũt dicta sacræ scripturæ: *Obstrinxisti*, inquit, *animam tuam; illaqueatus es verbis oris tui*, vbi loquuntur de sponsione fideiussorum. Definit igitur obligationem hoc modo: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ secundum nostræ ciuitatis iura.* Quæ definitio causalis est. Nam indicat causas obligationis efficientem, finalem & formalem. Efficiens causa est *Ius*. Sed tamen hoc ipsum ius aliunde oritur, puta ex facto quodam ipsius hominis; & hoc est, quod dicunt de causa tum remota, cum proxima. Vide *l. obligationes. D. eod.* Veruntamen cum dicit, *est vinculum iuris*, est de fine siue de effectu. Ius multiplex est. Naturale, gentium, & ciuile. Omne ius obligat, vt Aristot. Cicer. & alii docent abundè. Ius enim dicitur quasi iussum per apocopen. Et huc pertinet id, quod dicitur supra *de fideicommissariis libertatib. & l. bona fides 21. D. depositi, item l. 3. D. de aqua pluu. arc.* Addit loco quidem differẽtiæ, meo iudicio, ab effectu, *quo necessitate astringimur.* Et necessitatem nostri intelligũt, quæ opponitur libertati, quæ, quod ratio ipsa dictat & suadet, sequitur, vel non. Sic infra *de testib. §. sed neq; heres & supra de fideicom. heredit* Et ita hic distinguitur vinculum iuris naturalis à iure ciuili, & obligatio naturalis ab ea, quæ naturalis tantum est; in qua saltẽ altera causa obligationis deesse videtur: nam vtcunq; subsit remota, deest tamen proxima, ius ipsum ciuile siue approbatio iuris ciuilis. Et huc etiam pertinent ea verba definitionis. *secundum nostræ ciuitatis iura.* Quem locum tit. huius lib. fin. *quib. mod obl. toll.* exponit. Ergò iam sequitur definiri hic saltem alterã speciem obligationis, nẽpe eius, quæ ciuilis etiam est, non quæ est naturalis tantũ. Et sic negemus quod ipsum definitur, cuius tamen species subiiciuntur. Nam inf. saltem sub tit. *de fideiuss.* meminit huius diuisionis, qua obligationes diuiduntur in naturales & ciuiles, de qua & alibi sæpè. Et hoc vitiosum crediderunt Methodici. Sanè nõ debuit tam nobile membrũ omitti, & cuius quotidie fit mentio in docendo; in qua & doctrina conuenit omnium diligentissimè exerceri discẽtes, futuros ICtos, & nos omnes. Et sic, meo quidem ingenio, definiri poterat obligatio: *Obligatio est vinculum iuris, quo astringimur alicuius rei soluẽdæ.* Genus est *vincul Iuris. Iuris* additur hic etiam, vt distinguamus à vinculo naturali vel morali, quod vulgò dicimus ein Bandt. Additur finis, *quo astringimur alicuius rei soluendæ.* Rei vocabulum generale est & continet pecuniam, factum, pœnam, & si quid aliud debetur. *l. rei 1 & 2. D. de verb sig. l. nominis. ibid.* Solutionis quoq; verbũ paulò generalius est, vt sub eo quælibet liberatio ab hoc vinculo contineatur, *l. solution. & l. liberat. D. de verb sig. item in l. solut. D. de solut.*

Post hæc vero ea obligatio hactenus definita diuiditur in naturalẽ & ciuilẽ. Naturalem sufficit definire vinculum iuris quo astringimur. Ciuilẽ definiemus, vt addamus, quo necessitate astringimur. Ergò vt breuiter dicam, differt obligatio naturalis & ciuilis causa efficiente, quòd ciuilis introducitur simul à iure ciuili; naturalis autẽ à iure naturali tantum. Secundò causa finali & effectu; quod ciuilis obligatio necessitate obstringit ad soluendum; naturalis nõ astringit necessitate. Potest & differẽtia quædã à forma esse in verbis, *secundũ ciuitatis nostræ iura.* Quoad ciuilẽ obligationem, soluendum est pro iure, ratione ciuitatis Rom. Ad naturalẽ soluendũ est, put ius naturæ desiderat. Ergò ex his efficitur, obligationẽ ciuilem actionẽ parere, naturalem non parere, vide *l. 7. D. de pact.* cùm tñ in actione sit neruus humanæ societatis. Ex hoc nũc q̃ritur, quinã amplius sint

sint effectus obligationis naturalis. Nam si sine omni vi & effectu est, nihil vtilitatis habebit; sed tamen non minus sine vi & effectu esse potest, quàm ipsum ius naturæ, cuius illa ipsa effectus esse noscitur. Proinde teneantur hic illæ pulchræ definitiones de lege, vt sanctæ memoriæ præceptoris Philip. Melanchthonis & aliorum. *Obligans*, inquit, *omnes creaturas naturales, & postulans, vt sint conformes ipsi* (nempe Deo) *vt congruat obedientia nostra cum voluntate Dei, & damnans & destruens non conformes.* Et huc pertinent etiam dicta: *Væ qui prædaris, quia prædaberis*, & similia, quibus Deus ostendit etiam hîc se punire velle iniustitiam, inæqualitatē, ingratitudinem, &c. Sed &, quod ad vsum iuris ciuilis attinet, docent etiam Iurisconsulti: Etsi naturalis illa obligatio ad agendum non valet, valere tamen ad excipiendum. *l.7. §. sed cum nulla. D. de pact.* ad impediendum condictionem indebiti, *l. fideiussor. §. fideiussor. D. de fideiuss. l. si id quod dominus. D. de condit. vide l. naturalis. D. nostra tit.* ad ius compensandi. Valet etiam ad constitutum *l.1. D. de constit. pec.* Sed & nouationem firmat *l. 1. de nouat. D.* Fideiussionem quoque, item pignus confirmat naturalis obligatio *l. 6. & 7. D. de fideiuss. l.13. D. de condict. indebiti.* Et de his omnibus suo loco aptius. Sed & ex eo perficit obligatio naturalis, vt Iudex & Magistratus ex loci obseruatione, siue statuto, ex officio suo procedere possit, etsi lex eum casum non exprimat, siue in eum casum actionem non habeat. Vide Latinum Paraphrastem *hic*. Item Baronem *ad l. 2. D. de iust. & iur. l. 50. D. de petit. hered l 7. de annuis legat.* Facit etiam argumentum *§. pen. supra de iust. & iure*, cum inquit: *Iuris præcepta sunt hæc, honestè viuere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Et hinc etiam videre nunc licet quid & quantū intersit inter Philosophiam illam, quæ est de moribus, & hanc nostram doctrinam iuris. *Quàm multa*, inquit Seneca, *pietas, liberalitas, humanitas, iustitia, fides exigunt, quæ tamen extra publicas tabulas sunt!* Meminerimus igitur has esse partes legis naturæ, vt Cicero pulchrè *2. de inuen. & alibi.* Religionem, pietatem, gratiam, siue gratitudinem, vindicationem & obseruantiam, veritatem, &c. Et de his ipsis notemus illud Pauli, vbi etiam obligationem ostendit ad Philip. 4. *Quæcunq; sunt vera, quæcunq; honesta, quæcunq; iusta, quæcunq; sancta, quæcunq; amabilia, quæcunq; boni nominis, si qua virtus, & si qua laus, hæc cogitate.* Hæc igitur de obligatione naturali, eius partibus, vi & effectu. Obligationem naturalem alii aliter definiunt. Quidam sic: *Obligatio naturalis est, quæ cū reuera contracta sit, à iure tamen Quiritum non approbatur.* Hottom. Sed videtur hoc obscurius dici, nec satis explicare eam rem discentibus. Alius sic: Obligatio naturalis est, quæ oritur vel ex cōtractu, vel ex delicto, impediens soluti repetitionē. Mynsing. Sed & hoc minus, vt videtur, appositè ad hanc rem declarandam; & ICtus docet, obligationē etiam naturalem esse, quùm donatori & benefacienti obligamur ad ἀντίδωρα, *leg. sed et si. §. consuluit. D. de petit. hered.* Et omninò vide hic de obligatione naturali & ciuili Phil. Melanhth. *in offic. Cic.* vbi pulchrè hæc exponit. Alii sic definiunt: *Est vinculum proueniens ex naturali æquitate, quæ omnium hominum mentibus insita est, aut ex iure gentium, quo quis alteri obligatur ad aliquid dandum faciendumuè.* Bart. Atqui hoc totum dixit Imperator istis verbis, est *vinculum iuris.* Quando autē ius sit aliud naturale, aliud ciuile, & quid sit vtrumque, alibi dictum est. Neque enim confundendæ sunt materiæ. Porrò faciunt etiā tertium membrū & dicunt: Obligatio aut est ciuilis, aut naturalis & ciuilis. Nos de naturali diximus, & ea quoque, quæ non solum naturalis, sed etiam ciuilis est, vtpote accedente vtraque causa efficiente prima & secūdā, id est, remota & proxima. Quæ ciuilis tantùm sit, in ea oportebit adesse causam secundā, nempe ius ciuile, siue primam, puta, facto aliquo hominis, quod natura etiam obstringat. Atqui negant nōnulli, vt Baro, sic-

ro, fieri, vt lex ciuilis obliget eum, quem natura non videatur astringere. Sed quorsum *d.l.obligationes.D h tit?* *Obligationes*, inquit Papinianus, *quæ non propriis iuribus consistũt, neq; officio iudicis, neq; prætoris imperio, neq; legis potestate confirmentur.* Sed obiiciunt: Obligationem literarum ex chirographo ciuilem tantùm esse, cum non subsit consensus, ex quo in pactis est obligatio naturalis. Verùm responderi potest, legumlatorem non aliud scire & diuinare, quàm rem ita se habere, vt chirographũ dans de se promisit, & ita obligationẽ introduxisse. Et sic verum manebit, ciuilem obligationem nasci nũquam videri sine naturali. Atq; ita respondet Baro ad tit. *de liter. oblig infr.* Illud verum est, obligationem naturalẽ posse tolli, vt remaneat ciuilis, quemadmodũ & ciuilis tollitur manente naturali, vt infra *lib. 4 de except.* Et sic sanè ciuilis est sine naturali, vt cum factum erit pactũ de non petendo. Sed de his alibi exactius. Quicquid sit, dicunt, nonnũquam etiam ciuilẽ nasci sine naturali, de quo alio loco audiemus. Dicunt etiã obligationẽ naturalem nonnunq̃ actionem parere; sed tñ nõ erit naturalis tantùm. Dicunt nonnunq̃, etsi causa subsit, tñ nec ciuilẽ nec naturalem obligationem nasci, nimirũ, quando lex disertè obstat, & ad hoc allegant *l. si non fortẽ. D. de condit. indebiti.* Ergò breuiter sic rem teneas: *Obligatio est iuris vinculũ, quo astringimur alicuius rei soluendæ,* id est, quo astringimur ad aliquid dandũ faciẽdumuè, vel non. Estq; eius causa 1. ius naturale ex facto quodam litis. 2. ius ciuile siue iuris ciuilis approbatio, siue cõprobatio, quæ sunt causæ proximæ & remotæ vel etiam principales & adiuuantes: etsi in his alii aliter loquantur. Omnis igitur obligatio trahit causam & originem ex natura. Quo pertinet *l. ex hoc iur. D. de iust. & iur.* Sed tamen aliquãdo altera causarum deficit; & sic est obligatio alia naturalis tantùm, alia ciuilis tantùm. Et nonnunquam ciuilis quoq; sine naturali deprehenditur. *l. fideiussor § fideiussor. D. de fideiuss.*

§. 2. Omnium autem, &c.

Subiicit nunc obligationum diuisiones duas. Prima: *Obligationes aut sunt Ciuiles, aut Prætoriæ.* De hac diuisione sic scribit Apellus, se nõ videre, quorsum illa attingat, nisi quod prior obligatio ꝑpetua est; posterior plerũq; temporalis. At illius magna vtilitas est. Porrò quemodo vniuersum Ius nostrum in Ciuile & Prætorium diuidatur, audiuistis *lib. 1. & est in l. Ius autem ciuile. D. de Iust. & Iure.* Equidẽ Iuris ciuilis species recensentur hæ, Leges, Plebiscita, SCta, Decreta Principum, ICtorum responsa. Ergò quę ex his oriuntur obligationes ciuiles erunt. Et de his monet Accursius *hic.* Sed videamus nostram diuisionem. *Ciuiles obligationes sunt*, inquit, *quæ aut legibus constitutæ sunt, aut certè Iure ciuili comprobatæ.* Id pulchrè exposuit Cuiacius & D. Wesembeccius. Ergò secundum eos legibus sunt constitutæ obligationes, cum ipsa lex ciuilis obligationem constituit, vt ex pacto, in quibusdam causis. *Comprobatæ verò sunt, cum obligationes ex commerciis Iuris gentium comprobantur, vt actionem pariant.* Vide *l. 6. & 7. D. de pact.* Et idcirco obligationum ordo hic est talis. Obligatio, quæ est naturalis & ciuilis, aut est ex iure ciuili, aut ex iure prætorio; & illa rursus aut legibus constituta est, aut saltem iure ciuili comprobata.

§. 3. Sequens diuisio, &c.

Secunda diuisio obligationum ex causa prima, atque, vt ego opinor, remota, nempe: *Omnis obligatio, aut ex contractu est, aut ex quasi contractu; aut ex delicto, aut deniq; ex quasi delicto.* Ergò contractus, delictum, vel quasi, facta sunt hominum, & ex his ipsis naturæ obligatio oritur, propter consensum, aut flagitium, & facinus ipsum, quod lex damnat & vindicat: *Omnis enim lex obligat vel ad obedientiam, vel ad pœnam.* Iamq; accedit ius ciuile, siue Magistratus potestas aut auctoritas, sanciens, conseruans, & denique adiuuans hoc ipsum.

Iam deinceps videtur ordo desiderare, vt aperiamus, quid sit contractus, quid quasi contractus, quid delictū,& quasi delictum? Sed hæc faciant alii pro suo instituto, nos, qui breuitati studemus, videbimus, nunquid hæc singula alio loco commodiore sine dispendio temporis fieri possint. Deinceps igitur ordine Iustinianus de his tractabit, & primùm de contractibus, *vt in §. sequenti.* & hic rursus subdiuidit, à causa, vt aiunt, Instrumentali, quæ pertinet tamen etiam ad efficientem, nempe: *Aut re contrahimus, aut verbis, aut literis, aut consensu.* Et iam statim sequitur disputatio, quibus modis re contrahitur. Ergo desiderat præsens tractatio, vt dicamus nunc de contractu, quid sit, & quotuplex? *Contractum* Labeo *in l. labeo. D. de verb. signific.* sic definit: *Contractus est vltro citroq; obligatio.* Sed non est hoc definire, saltem ex causa ostendere communem & generalem effectum. Sic dicemus; quasi contractus est vltro citroq; obligatio. Ergò paulò exactiùs dicendum de hoc nobis videtur. Hottoman. *in paratit.* sic definitur. *Cōtractus est negotium inter duos pluresuè datâ operâ gestum, ex quo vel vterq; inuicem, vel alter tantùm alteri obligatur.* Et hæc est sententia definitionis Labeonis. Sic enim exponit Baro. Et breuiter multa dicuntur in verbis istis, *vltro citroq;*, neq; enim hæc verba quasi contractui conueniunt, neq; etiam delicto. Sunt qui illud, *vltro citroq;*, intellexerunt pro inuicem; & sic mutuum non erit contractus. Sed hoc non voluit ICtus. Videbimus tamen postea. Nunc paululum aspiciamus hanc definitionem Hottomanni. *Contractus est*, inquit, *negotium.* Negocium potius dixit quàm consensum, quòd non omnes contractus ex consensu sint, licet omnibus tamē insit mutuus consensus; & negotiū est res ipsa gesta mutua consensione. Vide de hac voce *l. 33. D. de condict. indebiti.* Causa igitur efficiens contractus est consensus, scilicet non semper immediatè, sed prima tamen videtur esse causa & principalis, non tamen proxima, quæ effectum producit. Ecce mutui contractus & actio nascitur, non ex consensu promittentis, sed ex re ipsa, qua datum est mutuur, *vt tit. sequenti.* sed tamen non sine consensu. Nam & furiosus mutuum dans siue accipiens non contrahit obligationem. Sed oro nostros homines, liceat mihi sine multis argutiis & subtilitatibus potiùs commonefacere de rebus ipsis vtilibus, & vitæ foroque accommodatis. Vehemēter mihi placet illa admonitio Oldendorpii, & Duareni etiam, vt nostræ interpretationes non nimium sint remotæ ab vsu forensi. Et ob hoc tantoperè laudantur domini Philippi Præceptoris explicationes iuris, quod fontes ostendit ad vitæ & negotiorum vtilitatem pertinentes, cum alii nonnulli sæpè multùm prolixeque laborantes, nescio quomodo, in argutiis suis euanescant, vt parum fructus capiat Auditor. Ergò quod dicimus illud est, quod ex contractibus obligamur, id facit animi consensus & veritatis officium, quo homini nihil est dignius; & Vlpian. *in l. 1 D. de pactis. Nihil,* ait, *tam congruum hominum fidei, quàm ea, quæ inter eos placuerunt, seruare.* Et factum etiam definit duorum pluriumque in idem placitum & consensum. Notum est illud Ciceronis *1. Officiorum. Fundamentum iustitiæ est fides.* id est, dictorum conuentorumque constantia & veritas. Liuius *lib. 6. dec. 1. Fide abrogatâ omnis humana societas tollitur.* & pulchrè D. Hieronymus: *Quæ dixeris, putes iurata.* Meritò igitur nos vulgata lingua dicimus, ein ehrlicher Mann hält sein wort / & Cicero *pro Roscio Commodo,* scribit: *perfidiosum & nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam.* Et hæc igitur ad explicationem causæ huius efficientis, iam pergo in definitione.

Amplius quod dixit, *negotium gestum*, distinguit contractum à delicto, quò tamen & alia sequentia verba pertinent. Sed & cum addit: *inter duos pluresuè datâ operâ gestum,* illis verbis, *data opera,* distinguit contractum à quasi contractu, vbi non disertè duo inter se apertè contrahunt, vt alio loco audies.

Quod

Quod addit: *ex quo vel vterq; inuicem, vel alter tantum alteri obligetur*, ostendit distinctionem quandam contractuum, nempe, nonnunquam ita contrahitur, vt vtrinque sit & existat obligatio, vt in societate & similibus; nonnunquam vt ab vna tantùm parte, vt in mutuo. Atque amplius etiam vtrinque existit hæc obligatio, vel æquè principaliter, vt in emptione & venditione, vel ab vna parte principaliter, ab altera vero, veluti ab accidenti, & ex post facto, vt in Commodato. Vnde existit illa differentia actionum eiusdem nominis; *Directa & Contraria*. Vel alterius etiam nominis ex vno contractu, vt ex empto, ex vendito, de quibus pulchre Ioachimus Hopperus *in arte iuris*. Et ex his iterum illæ iam differentiæ sunt, quod contractus ii, ex quibus vtrinque est obligatio, vt plurimum sint contractus bonæ fidei, ex quibus sunt actiones bonæ fidei, cum alii sint magis stricti iuris. *l. 2. D eod. & infra tit. 23.* Et rursus illi contractus vtrinque obligatorii à Dd. propriè dicuntur contractus; alii vocantur contractus impropriè, glos. & Dd. *in d. l. Labeo. D. de verb. sign* Postremo cum inquit, *obligetur*, intellige ad dandum aut faciendum: nam hic finis est omnium contractuum, vt detur, vt fiat. vide *leg. 3. D. eod.* Et hæc hactenus de definitione, & quibusdam contractuum diuisionibus siue distinctionibus. Sunt verò & aliæ adhuc contractuum diuisiones, nempe, *Contractus* alii dicuntur *Iurisgentium esse*; alii *Iuris Ciuilis*. vide *leg. 7. D. de pact. & supra libr. 1. titul. 2. §. Ius autem gentium*. Et iterum nonnulli contractus Iure gentium & ciuili adeò sunt recepti, vt nomen certum acceperint & habeant; alii verò nomine vero, proprio definitoque carent, sed nomine generis contractus dicuntur & permutationes: *do vt des; do vt facias; facio vt des; facio vt facias.* Illos igitur vocant cõtractus nominatos; hos innominatos; quorum discrimina suo loco indicabuntur. Vide de his *l. naturalis. D. de præscript. verb.* Iam nouissimè, vt dictum est, à causa Instrumentali alii contractus re fiunt; alii verbis, alii literis, alii deniq; consensu, nempe solo consensu. De quibus suo loco.

QVIBVS MODIS RE CONTRAHITVR OBLIGATIO.

TITVLVS XV.



RE contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensuraue constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, vt accipientium fiant.

§. 2. Et quoniam nobis non eædem res, sed aliæ eiusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est, quia ita à me tibi datur, vt ex meo tuum fiat, & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.

§. 3. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Vnde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quàm mutui datione.

§. 4. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cùm is, qui soluendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quàm contrahere.

§. 5. Item is, cui res aliqua vtenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat, namque non ita res datur, vt eius fiat, & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumuè incursu, nihilominus obligatus remanet. At is, qui vtendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterat eam rē custodire. Sed propter maiorem vim, maioresuè casus non tenetur, si modò non ipsius culpa is casus interuenerit, alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumuè, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.

§. 6. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi vtenda data est. Alioqui mercede interueniente, locatus tibi vsus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

§ 7. Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturq́; actione depositi, quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parùm diligenter custoditam rem furto amiserit, quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.

§. 8. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus vtriusque gratia datur, & debitoris, quò magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit creditū, placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat, quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

COM-

COMMENTARII.

RATIONEM cohærentiæ & methodi, siue continuationis, nemo non intelligit; quare non abutamur tempore. Quod ad ipsum genus attinet & titulum, siue inscriptionem: *Re* dicitur *contrahi, quoties res ipsa*, id est, rei interuentio & præstatio, siue præsens numeratio, *eius obligationis & actionis causa est.* Quod accidit in mutuo, commodato, deposito, pignore, in debito. De quibus deinceps ordine.

℣. Mutui autem datio, &c.) Mutuum, id est, mutui obligatio & actio re contrahitur, hoc est, si res & pecunia numerata sit, & ideo antequam pecunia, verbi gratia, numerata sit, non est obligatio & actio mutui, licet alia esse possit; veluti si quis mutuum stipulanti promisit. Vide *leg. qui pecuniam. D. si cert. petatur. l. si tibi. D. de pact.* Sed videamus, quid sit Mutuum, siue quid sit contractus mutui? De nomine inquit ICtus: *Mutuum dicitur, quasi quod de meo fiat tuum.* Vnde concludit: *Ergò si de meo non fiat tuum, non erit mutuum. l. 2. D si cert. petat.* Et inde sumunt nostri occasionem disputandi de argumēto ab etymologia. Equidem mutuum dicitur de reciprocatione, & cum par aliquid redditur. Vnde Cicero in Epist. *Mutuum in amicitia est, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed de ipso licet breuem definitionem colligere ex ipso nostro textu. Ergo dicemus: *Mutuum est contractus initus ipsa datione earum rerum, quæ pondere, numero, mensurauè constant, ad hoc, vt fiat ea res accipientis; & post suo tempore, non eadem, sed alia eiusdem naturæ & qualitatis reddantur.* Contractus genus est, vt nostis, cętera sunt loco differentiæ, discernentis hunc contractum ab aliis, & habent causas, efficientem, materialem, formalem, finalem; & cum inquit, *Earum rerum*, materiam mutui indicat, aliarum autem rerum mutuum esse non potest, quòd non habeant æquabilem præstationem & satisfactionem in genere; de quo vide latius Iurisconsultum *in l 2, D si cert pet.* Cum inquit, *ad hoc, vt fiant res accipientis*, ostendit discrimen inter commodatum & similes contractus, quæ tamen discrimina & aliis nonnullis verbis indicātur, tum præcedentibus, tum sequentibus; potissimùm autem his verbis sequentibus: *Et post alia eiusmodi naturæ & qualitatis reddantur.* Aliæ, inquit, quia si eædem reddendę essent, nulla admodum possit esse vtilitas huius contractus. Quod autem inquit, *reddantur*, discernit etiam mutuum à donatione. Quod inquit, *eiusdem naturæ & qualitatis*, ostendit reddendas esse res eiusmodi, quales accepisti, æque bonas, &c. Et hoc pulchrè expressit Pomponius *in l. 3. D. si cert. pet.* Ergo minus dare, siue minus reddere non licebit. Minus autem dicitur non vno modo; & minus etiam reddit, qui tempore minus reddit, id est, post tempus conuentum, *vt infra de fideiuss.* Porrò, qui mutuum dat, beneficium confert; non autem qui mutuum accipit. Quare de hoc rectè dicebat Hesiodus, quod laudat Cicer. 1. Officiorum: *Si quid vtendum acceperis, maiore mensura si modò possis, reddere debes.* Sed quod ad illum, nempe, mutuò dantem, attinet, quæritur num etiam mutuationis mercedem aliquam exigere possit? Plus autem exigere non posse, quàm dedit, constat; & id Iurisconsultus docet *in leg. rogasti. D. si cert. pet. in l. si tibi. D. de pact. & similib.* Sed quæritur, an mercedē mutuationis exigere conueniat? De commodato docent Iurisconsulti illud gratuitum esse debere, *infra eodem. §. item is.* Idem dicunt de mutuo, vt Carolus Molinæus *in tract. de vsuris*, & glossa *in c. conquestus. de vsur.* licet id in textibus Iuris non legerim. Hinc quæsitum est, an liceat pacisci & accipere vsuras? Hic verò, Deus bone, quàm spaciosum campum, quàm periculosum pelagus, quàm difficilem & arduam ingredimur viam! Solent illi, qui vsuris operam dant, dicere, non posse de his rebus disserere eum, qui non teneat rationes mundi. Et verum est, multos imperitè

admodum clamare contra vsuras; nec est satis distinguere inter contractus. Hic sane, quod ille dicebat, tenendum est: *Vanæ voces populi non sunt audiendæ. l. decurionum. Codic. de pœn.* Loquuntur homines vtplurimum ita, vt sunt affecti, aliter pauperes, aliter diuites, aliter debitores, aliter creditores. Clamant miseri, clamant illi, qui sunt debitores, contra iniquos & vsurarios; & non agnoscunt, se perfidia & ingratitudine, qua plerunque vtuntur in soluendis & dandis iis, quæ debent, non minus esse iniquos & iniustos, & istos ad has ipsas duras expilationes solicitari. Vt enim nuper dixi, ita *iniquum petitur, vt saltem æquum feratur*; &, *Vnus ingratus multis aliis nocet*, vt dici solet. Et hæc sunt, quæ & Christus ipse monet, *Matth. 24.* de extremo seculo: *Quoniam*, inquit, *abundabit iniquitas, refrigescet bonorum charitas.* Ergò sanè prudenter de vsuris loquendum, & fontes ipsi diligenter considerandi. Nos autem iam breues esse oportet; & adferemus illa, quæ potissimùm ad rē pertinent. Placet illud Iustinian. *Longè vtilius est pauca idonea effundere, quàm multis inutilibus homines prægrauare, leg. 2. C. de vet. iur. enucl.* Ad rem. Dicunt vsuram omni Iure humano & diuino esse prohibitam. Ego contra. Ius diuinum nullibi tollit siue abolet legitimos contractus. At dare & petere vsuras fit legitimo cōtractu. Ergo, &c. Minorem probo: Legitimorum cōtractuum fons est æqualitas, quæ meritò dicitur mater Iustitiæ. Hęc autem æqualitas in vsuris spectatur. Igitur, &c. Iterū probo Minorem. Quia in compensationem moræ, in compensationem vsus & vtilitatis, quam tu ex re aliena percipis siue capis, dum is interim suæ rei fructu & commoditate caret, ideo, inquam, dantur & petuntur vsuræ. Iam constat, regulas veras esse, & ex iure naturæ, quod non abolet Euangelium, profectas: Iure naturæ æquum est, neminem cum detrimento & iniuria alterius fieri locupletiorem. *leg. iure naturæ. D. de regulis iuris cum concordantib.* Et pulchrè vereque Cicero in offic. *Nec verò rei familiaris amplificatio nemini nocens vituperanda, sed fugienda semper iniuria est.* Et rursus 3. offic. *Nam, vt sibi quisq́ malit, quod ad vsum vitæ pertinet, quod alteri acquirere concessum est, non repugnante natura, illud natura non patitur, vt aliorum spoliis nostras facultates, copias & opes augeamus.* Et in hanc sententiam multa alia, quæ conueniunt cum D. Paulo, cum scribens Corinthiis docet: *Dandum, non vt aliis remissio sit, nobis autem tribulatio, sed ex æqualitate.* & ad Timoth. mandat: *Vt domesticorum curam habeamus.* Et omninò, qui aliter sentiunt, homines fortè non satis benè instituti non vident, se, si ista vera esse non concedant, eadē ratione omnes omninò contractus tollere. Qua siue stultitia, siue malitia, & potius insania, quid potest esse ineptius & perniciosius? Et hoc nemo non videt, vt non sit opus ampliori disputatione. Sed obiiciunt: Christum ipsum iubere dare omni petenti. *Matth. 5. Luca 6.* Et passim in lege, in Prophetis, in Psalmis de prohibitione vsurarum legi, *Exodi 22. Leuiticorum 25. Deutoronom 26. Psalm. 15. Ezechiel. 18.* Possumus breuiter respondere: Euangelium siue doctrina euangelica non abolet politias. Et iis verbis multa continentur.

Et iam de altero capite. Etsi magna est in iure docentium & scribentiū varietas, tamen nondum ostēsum est, ius nostrum, ꝙ extat *in C. & D.* vsuras omninò prohibere; imò potius vbiq; moderatas vsuras concedit & permittit. *leg. prima. D. de vsur. leg. tertia. §. vltim. D. de annuis legatis. leg. septima. §. si post. D. de administ. tut.* Sed sic tamen fortè non satisfit conscientiis, volentibus se sistere corām tribunali Dei. Atqui isti, si seriò hanc rem agunt, consulant Theologos, & Pastores suos. Veruntamen nobis quoque & alterius cuiusdam Iuris administratio commissa est. Ideoque voluerunt veteres interpretationi Iuris Ciuilis addi Ius Canonicum. Et scriptum est: *Væ, qui conditis leges iniquas; væ, qui*

vt, qui dicitis malum bonum. Esaiæ 5 *& 10.* Ergò dicamus nunc etiam hoc: Ea dicta Christi antea recitata nequaquam euertere & damnare iustos contractus, vt sunt emptiones, venditiones, elocationes, mutuationes, &c. Et respiciendum est non ad τὸ ῥητὸν, sed ad διάνοιαν. Id verò qui negat, scripturæ consensum negat; alios locos non obseruauit; ad consilium Christi iis in locis non attendit. Quamobrem illius dicti: *Da omni petenti, &c.* sententiam exquires ex collatione aliorum locorum, *vt ex c. 8 2. Corinth. ex cap. 5. 16. Prouerb. ex cap. 29. Ecclesiast & Tobiæ 4. c.* Sed his non amplius immoror, quando ista omnia persecutus est diligentissimè dominus Præceptor *in Officiis & alibi.* Sic & illud: *Mutuum dantes nihil inde sperantes:* ex tota collatione capitis intelligi facilè potest; & conferatur locus *Deuter. c. 15.*

Quod verò obiiciunt: Damnari tot locis vsuras. Ego breuiter admodum respondeo; non magis in mutuo, quàm in aliis omnibus contractibus, vt emptione, venditione, &c. damnari: Et damnari tantùm propter inæqualitatem, quæ sui saltem commodi causa, posthabita Christiana charitate, alterum exhaurit. Quod iterum obiiciunt; sed tamen Matthæi & Lucæ dictis locis dicitur: *Nihil inde sperantes.* Respondeo. Non hoc volunt ea verba, quasi nihil vnquam vltra sortem liceat accipere; & verborum intellectum ostendit totus contextus & locus *Deuter. c. 15.*

Quod si amplius obiiciunt. At verò teste Aristotele: *Vsura ista mutui pugnant cum ipsa natura, cum quis ex pecunia & re sterili quærit fœtum.* Respondeo. Hanc subtilitatem Philosophicam iam dudum è scholis nostris & à foro esse explosam, vt alibi *in Ethic.* D. Præceptor pluribus, & vt spero, diligenter exposuit.

Deniq; cum obiicitur. Sed tamen pugnare vsuras cum natura mutui, quod debet esse gratuitum. Poterat dici, hoc in textibus nostris non reperiri; sed tamen non euertere naturam mutui, si non sit gratuitum, vt in commodato apparet. Et quid multis? Meminerunt textus nostri mutui fœneratitii, *vt in l. 34. D. si cert petatur.* Præterea, quod alia ratio prohibitarum vsurarum in mutuo, in quo putant vsuras esse, esse nō possit, quàm læsio proximi, facilè ostendo ex eo, quod Christus & Apostoli docent, summam omnium mandatorum esse in eo: *Diligas proximum tuum sicut te ipsum,* &: *Quæ vultis vobis fieri, eadem faciatis aliis,* Matth. 7. 12. ad Rom. 7. ad Galat. 5. Iacob. 2. Ergò etiam non est, quod nobis quisquam obiiciat; cum Deus vsuras tam seuerè prohibeat, non esse meum scrutari, cur sic velim. Variat hoc in aliis, quæ Deus occulta esse vult. Ergò concludo, nec iure diuino, nec iure humano vsuras simpliciter prohibitas esse.

Sed quænam ista audacia est disputare pro vsuris, omnium calculis, tot libris, tot scriptis semper & vbique reprobatis? Videbatur is homo dignus, quem miseri, qui passim vsuris nunc opprimuntur, dentibus lacerent. Imò verò absit, vt dum saltem erroribus quibusdam fanaticorum & imperitorum occurrere necessum habui, vsuris & vsurariis patrociner, vt vsuras huius Mundi approbem, quin potius Dei beneficio, animo, ore, factisque ipsis detestor eas. Intelligo etiam verè dictum esse à Gregorio: *Doctrina cum omni imperio docetur, quando prius agitur, quàm dicatur: nam doctrina subtrahit fiduciam, quando conscientia præcedit linguam.* Bene comparat Paulus Cymbalo tinnienti eos, qui multis donis præditi, facere tamen non habent. Et nescio quomodo accidat, vt fere non sit eiusdem bene dicere, & bene facere. Agnosco igitur, & scio, vsurariam istam iniquitatem ex auaro animo originem & fontē ducere. *Auaro* autem *quid potest esse scelestius?* inquit Syr. *c. 10.* Et Paulus testatur, *auarū esse seruum & cultorē idolorum.*

Et vn-

Et vnde hic affectus, nisi quod Deo non fidunt? Itaque in vsuras & vsurarios istos iniquos fateor illa omnia rectè dici, & si quid etiam atrocius est, nempe, morsus dicitur vsura, à mordendo. Sic Theologi ex Hebræo. Item vorax & vorago. Lucanus. *& in cap. 1. de vsur. in 6* Psalm. *108.* testatur: Vsuram & vsurarios exsugere. Vnde quidam sanguisugam vocant. Alii vocant feram belluam. Suidas ex Aristophane latronem. Alii ignem comburentem. Et pulchrè Ambrosius: *Sine ferro*, inquit, *dimicat, qui vsuras flagitat, c. fin. 14. quæst 4.* Ecquid amplius dicam? Ad hos omninò pertinet illa omniū seuerissima cōminatio: *Iniusti, auari, &c. regnum Dei non possidebunt.* Sed quid, nunc illi auari, & prudentes quidam, & istis & suis affectibus blandientes, nos suauiter & veluti ex alto rident? Verùm rideant. Nos illud certe persuasum habemus auctoritate verbi diuini, fore, ni Deus illis pro sua misericordia pœnitentiam dederit, vt tandem exitus, qui stultorum magister est, illis hanc seriam pœnitentiam exprimat; vt attoniti, & capite in terram deiecto graui metu perculsi, & gementes præ angustia spiritus dicant, quādo videbunt iustorum veritatem, nudam, molestam tamen, & confitentium, quorum tamen labores ipsi contempserunt & labefactarunt, salutem: *Hi sunt, quos nos aliquando risui habuimus, prouerbioq; contumelioso dementes, qui eorum vitam putauimus insaniam. Ecce quomodo computati sunt inter filios Dei, sanctorum consortes facti? &c.* Proinde cum vsuras dico esse licitas, de illis intelligo, quæ æqualitatem in se continent; & nequaquam de illis, quæ hanc ipsam excedunt. Omnis autem inæqualitas non tantùm in mutuo, sed etiam aliis quibusdam vitiosa & iniqua est. Inæqualitas est, cum alter solus lucrum & commodum vult habere; alterum vrget incommodis; cum vult aliquid habere pro nihilo; cum vult commodum ex re aliena, cuius nullum periculum ad se pertinet; cum alterum nimium grauat, aut exsugit. Et hinc etiam vides, cur in eo, quod verè & propriè mutuum est, vsuræ sint illicitæ? Nempe cum hic contractus subleuandæ inopiæ temporariæ & communis indigentiæ causa, *vt in glossa hic*, potissimùm proditus sit, & nummario hoc subsidio nihil magis sit necessariam tenuioribus, fit, vt, si quid amplius exigatur quàm dedisti, si quid amplius reddere debeat accipiens, pro ipso officio suæ indigentiæ subleuandæ causa, sibi ad tempus concesso, inæqualitas contingat, qua ipse pro nihilo cogatur aliquid dare ditiori, & citò exhauriatur. Hinc etiam vides, cur ii, quos propriè fœneratores dicunt, negociatores pecuniarii, qui sui saltem commodi causa promiscuam exercent fœnerationem, accipientes passim omnia, & ab omnibus, vt inquit Iurisconsultus, meritò semper in odio omnium fuerint, quasi publicani, quos Cato furibus exæquabat, & homines occidere dicebat, vt Cicer. *2. Offic.* Rectissimè igitur, quod & Carolus Molinæus affirmat, definiuit has vsuras in mutuo illicitas dominus præceptor *in Ethicis: Vsura*, inquit, *est lucrum supra sortem exactum, tantùm propter officium mutuationis.* Ecce lucrum hic petitur, imo exigitur supra sortem; & quare? An iustam ob causam? Non sanè, sed saltem, quia hoc officium præstitum est. Et quodnam officium? nempe, vt sine damno tuo alterius indigentiæ ad tempus aliquod succurreretur. Sed quid si interim aliæ sint causæ mutui, vt si magna aliqua summa non ad tempus aliquod, sed indefinitè concedatur, non alterius indigentiæ, sed potiùs opulentiæ, vt splendidè ædificet, & inde rem faciat, &c? Quid si non exigatur aliquid, sed alter cognoscēs beneficium, quod facere debet, vt ex Hesiodo audiuimus, gratitudinis causa, sine suo damno aliquid sponte offerat, dū cogitat illud Publiani: *Beneficia plura recipit, qui scit reddere?* Quid si non ob illud officiū, sed ob damnum datū exigatur, & quidē ob morā datum damnū? Audiuimus enim, *minus eū offerre & soluere, qui post tempus dat.* Quid,

Quid, si non hoc agatur, vt vnus aliquis dās pecuniam lucrum saltem habeat, & ditescat, alius exhauriat; sed ne pecunia otiosa penitus absumatur Reipub. quæ multa pecunia veluti neruis opus habet, pupillis & similibus? His sanè casibus & nonnullis aliis (quis enim omnes numeret?) etsi mutuum id dicatur; egreditur tamen paululùm conditiones veri mutui. Et quid, si etiam non hoc agatur, vt sors quæcunque repeti possit? Proinde hic non peccabitur, etiamsi non sit gratuitum, etsi aliquid suprà exigatur, saltem si non excedatur ius & ratio æqualitatis. Porrò verò primi illius & veri mutui rationes siue conditiones, ad quas respicit Deus & Christus, supra in dicto: *Mutuum dantes, & nihil inde sperantes*, aperient ipsi textus *Exodi 22. vers. 25. Leuit. 25. vers. 35. & 36. Deut. 15. vers. 7. & deinceps. & Deut. 23. vers. 19. & 20.* Et omninò pulchrè *Ecclesiastici 29. vers. 2. & deinceps.* Imprimis notetur locus ille *Leuit. 25.* vbi sic legitur: *Si ad inopiam fuerit redactus frater tuus, ne accipias vsuras ab eo, nec ampliùs quàm dedisti* (Alii: *neque plus æquo*) *sed time Dominum Deum tuum, vt tecum viuere possit frater tuus*, &c.

Quod si ampliùs ex me quæras, quænam igitur omnino sit seruāda æqualitas homini pio & Christiano? Primo respondeo, si hoc ipsum seriò quæris, & pius es, qualem te fingis, facilis est regula: Considera omnes vtrinque circumstantias; vide quis sis, qui das mutuum; quis sit, qui mutuum petit; quomodo des? &c. Et sic examina, an, si tu eo loco esses, tibi ita fieri velis, an in nihilo violes & lædas ius charitatis, quod debes proximo & toti etiam generi humano? Sic examina & excute tuam cōscientiam, eamque confer ad normam verbi Dei. Et sanè si omnes Commentarios euoluas, non facilè inuenies expeditiorem rationem, quousq; vsuram percipere liceat, vel non, quàm ex lege æqualitatis, quæ profluit ex fraterna charitate. Ita exercitatissimi & maximi Theologi, ex quorum sententia id ipsum habet Carolus Molinæus. Quod si tamen non hoc omninò agis, vt conscientiæ consulas (vt multi de veritate, de conscientia quærunt, non vt præcisè ea sequantur, sed vt audiant, anne ad ipsorum ingenium & sententiam conueniant, aliàs ea ipsa minimè approbaturi, sed quibuscunque argumentis obscuraturi) eò verò potius saltem contendas, vt hoc tibi sufficiat, quod dicitur: *Euangelium non tollit politias*; ecce dicam tibi aliud. Cum vsurę pro auaritia hominum crescere, miserosque affligere sæpius cœpissent, cogitatum semper est de iis moderandis, de qua re consule & lege Liuium, Ciceronem, Tacitum, & alios nonnullos. Vide Carolum Sigonium *in lib. de antiquo iure.* Paul. Manutium *de legib.* Bald. *de legib. 12. tabul.* Molinęum *in tract. de commerciis & vsur. tract. 1. nu. 35.* Petrum Bellæum *in tract. suo de vsur. ad l. 15.* & alios itidem auctores. Et nouissimè Iustinianus princeps vsuris hunc præscribit modum: Illustribus viris, & qui supra nos sunt, cōcessit stipulari & accipere vsuras trientes; iis, qui ergasteriis pręsunt, id est, argentariis & negotiatoribus, præscripsit vsuras besses. In aliis personis & causis præscribit Cod. *de vsuris.* Prætereà Ecclesias noluit præstare, nisi quadrantes, de quo *Nouell. 7.* Agricolas etiam nisi trientes, *Nouell. 32. aliàs 33.* Et de his monet Iacobus Cuiacius ad titulum *C. de vsuris*, & quidem maximè de vsuris pecuniæ, aliarum rerum, & specierum & frugum, maiores etiam vsuras concedi. In summa tamen finem omnium vsurarum vult esse centesimam, &c. quæ est as vsurarum. Porrò non permittit etiam Iustinianus, vt creditores ex sorte aliquid detineāt vel detrahant sportularum nomine, & meritò, ne videatur contrahi obligatio, nisi quatenus datum erit, iuxta *l. si tibi. D. de pactis.* Ad extremum & hoc Iustinianus fecit, ne vlla fraude vsuræ vsurarum accipiantur. Et hæc quidem Iustinianus.

Sed post tamen Basilius Imperator vsuras

omninò sustulit, & ne nummum quidẽ vsurarum nomine exigi passus est, edita quadam Nouella, quæ extat apud Harmenopulũ *lib. 3. Epitom. tit. 7.* Et respexit ille ad Ius diuinum. Quod tamen, vt ostendimus, non fuit ita seuerè intelligendum. Et vtcunq; sit, nequaquam apud omnes vigent præcepta & mandata Christi; nec apud omnes etiam eadem est mensura profectus. Postea igitur iterum filius ipsius Leo Imperator ad necessitatem rerum respiciens restituit vsuras ad necessitatem rerum; & nominatim expressit vsuras trientes; extat Nouella eius 83. Non possum, quin recitem ipsius quędam verba: *Si*, inquit, *à Spiritus legibus ita se mortale genus regi sineret, vt humanis præceptis nihil indigeret, id verò & decorum & salutare esset. At quoniam se ad spiritus sublimitatem eleuare, diuinaq; legis vocẽ amplecti non cuiusuis est, ac verò quos virtus ducat, numero valdè pauci sunt, benè sese adhuc res haberet si saltẽ secundũ leges humanas viueretur, &c.* Atq; adhuc alio recentiore Iure præscriptæ sunt vsuræ quincunces. Sed de his dixi ad finem *lib. 2. tit. 1.* Diximus supra Iustinianum edixisse, ne Ecclesia plus quàm quadrantes vsuras præstaret? Et hoc notauit Cuiacius. Hic verò & illud notandum: Ecclesiasticos & sacerdotes vsuras accipere, siue potius fœnus exercere non debere, extat apud Harmenop. *d. lib 3. tit. 7.* Sed hæc & huiusmodi intelligo de metis & veris vsuris. Habent igitur, intra quas metas vtentes conscientia & legibus communibus consistere semper possint. Habent etiam vsurarii, intra quas metas consistere deberent. Sed quæ leges aut metæ certæ dari possunt auaritiæ, mille fraudium artifici, nisi prius vitæ vsuta sit ipsis adempta? Huc pertinet sententia & querela Clementis V. *lib. 5. Clementinarum tit. de vsur.* & multæ admodum Constitutiones Iustiniani Principis: *Rape, congere, possside, relinquendum est*, inquit Martialis. At verò, quid etiam fiet, si quis fortè creditor excesserit hunc modum? quæ pœna? De hoc dixi *ad lib. 2. tit. 1.* nimirum, ipso iure erit is infamis, nec valebit stipulatio vsurarum, quatenus modum excedunt. Sed de his ibi. Illud amplius hic notetur, Canones Ecclesiasticos manifestos vsurarios in Ecclesia non ferre, &, donec pœnitentiam agant, à communicatione diuinorum sacramentorum arcere, nec mortuos eos ad sepulturam Ecclesiasticam admittere, donec de reddendis vsuris illicitè exactis cautum sit; ante restitutionem etiam, aut satisfactionem testamenta eorum non recipiuntur, nec testamentis interesse patiuntur, vide de his *in cap. 3 de vsur. & c. 2. de vsur. in 6.* Vide etiam, si placet, sanctæ memoriæ magnum Lutherum *libello de vsuris pagina 77.* Sed; quid si quis interposito iureiurando promisit vsuras grauiores & illicitas? Et meminit eius iuramenti Accursius *in Authent. ad hæc. C. de vsur. atque c. adeo, extra de iureiurando.* & ait Accursius id iuramentum non oportere esse ratum. Quod & alii quidam viri magni videntur imitari. Sed benè Aristoteles: *Amicus Plato, amicus Socrates; sed magis amica veritas.* Quis permisit iis vim iurisiurandi infringere? Et aiunt, Iurisiurandum contra bonos mores esse præstitum, & ideò non esse seruandum. Quæstio igitur erit an vsuras soluere etiam sit peccatum? Et iudico pulcherrimè & verissimè responsum esse à D. Philip. Melanchthone: *Non pati iniuriam, sed inferre potius prohibitum esse.* Quod tamen & textus & maximè glos. ibidem *in d. c. debitores.* ostendit. Alius tamen quidam in quęstione de vsura distinguit, vt, si nulla necessitate coactus mutuum accipiat, promittatque illicitas vsuras, ille quidem peccet. Quod puto verum. Sed ad rem. Quid igitur dicemus de hoc iuramento? Pontifex docet, iurantem cogendum reddere domino iuramentum; sed creditores ad restituendas illegitimas vsuras Ecclesiastica seueritate, si necessum fuerit, compellendos. Quod videtur sapienter dictũ, vt suo loco aperiã. Sed quicquid sit, quicquid dicant Dd, tu hoc tene, ipsum debitorẽ, qui

in sua

in sua necessitate mutuū accipiens eas vsuras ita promisit, quantum in se est, iuramentum seruare oportere, iuxta dictum: *Qui iurat proximo suo & non decipit, &c.* Psalm. 115. Hæc igitur hoc loco & tempore de vsuris, De quibus sanè non satis sapienter & cordatè scribunt nonnulli Dd. primi nominis, vt licet videre in Iasone quoque *tit. de act. §. omnes autem actiones. num 14. & §. fuerat antea. num. 16. & 17* Et maximus ille Ferrariensis *in sua practica. in formula actionis hypothecaria* miras quasdam nugas Scholasticorum & Papistarum nobis proponit. Cætera de vsurariis contractibus suo loco monebimus.

Nunc ad Mutuum, quod dicimus proditum primum, vt sit subsidiarius contractus, & non posse plus in eo exigi, quàm datum est, nec decere tunc plus ex eo pacisci aut stipulari; nisi tamē ob aliud, puta, damnum, ob moram, &c. tale quid fiat; & tunc opus est stipulatione. Vide *l. Titius. D. de præscriptis verbis. l. 3. C. de vsur.* Quod verò ad mutuatarium attinet, is obligatus est ad hoc, vt constituto tempore eādem rem in genere eiusdem naturæ & bonitatis reddat: sin minus, pro hoc & compensationem præstet. Et hanc eius obligationem nemo melius expressit quàm sapiens ille Syracides *sæpè d. c. 29.* vbi cum dixisset: *Mutuum date alteri tempore egestatis eius,* subiicit: *& tu reddito etiam alteri mutuum suo tēpore, stato dictis.* Et rursus *c. 35.* monet, *vt quod dandum est, id libenter & hilari vultu detur.* De quo etiā monet Thobias filium *Thobia 4.* Atq; hæc, de qua dixi, obligatio, ciuilis est obligatio. Quapropter eo nomine actio datur, q̄ vocant certi cōdictionem, de quo vide *l. 9. D. si certum pet.* Accursius hoc casu vocat certi condictionem specialem ex mutuo, & eius formula *infra §. sequenti.* describitur talis; si apparet eum dare oportere, damnato. Sed hæc vetera sunt. Nos variamus factum, & pòst ratione iuris siue ex iure concludimus cum petione. Et vt actionis huius exercitium & vsum intelligamus, teneamus naturam, qualitates & conditiones actionis. Hinc facilè id cognoscimus, vnde sit illa, de qua agitur, actio? cui detur? aduersus quem? ad quid & quam diu? Nempè nostra hæc actio ciuilis est actio in personam comparata, rei persecutoria, in simplum, stricti iuris, perpetua, & quæ heredibus & in heredes datur. Ergò sic, vel similiter, prout casus erit, proponemus.

Coram vobis, magnifici viri, &c. comparet Titius actor, dicit ac proponit, Caium Reum ante menses 20. à se mutuo rogasse trecenta, quæ actor ei non grauatim concessit, stipulatusq; est, ea sibi post annum bona fide reddere, & vnà legitimas vsuras ratione sui interesse &c. praedictum verò illum Caium huius bona fidei & promissionis oblitum, hactenus nondum satisfecisse, etsi sæpè monitus. Cum verò æquissimum sit grato animo satisfacere ei, qui beneficium præstitit, idq; leges iubeant, vt est *in l 2. & 3. D. si certum petatur: petit actor à vobis selectis viris & iudicibus, vt prædictum Caium reum, ciuem & subditum vestrum, vestra iudiciali sententia & pronunciatione ad satisfaciendum condemnetis, condemnatumq; compellatis prædicta trecenta vna cum legitimis vsuris restituere & dare. Et in hoc implorat vestrum officium, & petit sibi prout ius & ratio suadet, ius dici & iustitiam administrari.* Hæc de mutuo, de quo tamen plura dicere poteram, nec deessent nobis rationes copiosioris explicationis, sed oportet habere rationem in docendo nō ostentationis ingenii, verùm commoditatis eorum, qui discunt. Sufficiāt igitur hæc discentibus, qui suo & loco & tempore glossam, annotationes & aliorum commentarios adhibebunt. Nam hos fontes intelligentibus cætera facilia sunt.

§. 3. Is quoque, qui non, &c.

Extat *in D. tit. de condict. indebiti.* de quo hoc loco. Sed reuera indebitum aliò magis pertinet, vt ipse Iustinianus hic indicat. Interim, quod ad argumētum summum & tit. nostrum attinet, id teneas: si cui quod

reuera non debebas, soluisti, is ex ea re ipsa, & quia eam rem accepit & habet, obligatur ad restitutionem rei, nō secus ac si mutuum accepisset; vt Iustinianus hic; ad quod datur Condictitia actio, id est, Condictio indebiti. Sed de his, vt dixi, alibi.

§. 5. Item is, cui res aliqua, &c.

Tertius contractus Commodati, de quo *D. Commodati.* Id nempè commodatum re quoque contrahitur, non nuda conuentione de re commodanda. Et omninò simillimum est mutuo, quod ipse Imperator hic non obscurè significat. Ergò ex eodem fonte humanitatis & beneuolentiæ & hic contractus eodemque modo definiri poterat, saluis differentiis, ex quibus vniuscuiusque natura constat. Hottoman. sic definit: *Commodatum est contractus, quo gratis alicuius rei vsus ita conceditur, vt accipiens summā in ea ipsa re diligentiam præstare debeat.* Potest dici: *Est contractus initus ratione rerum, quæ non sunt fungibiles,* id est, pondere, numero, mensuraue constant, *ad hoc, vt earum saltem vsus concedatur alteri, idq; gratis, & post suo tempore eadem omninò res & æquè bona & bona gratia reddantur.* Atque ex hoc differentiæ inter commodatum & mutuum constare possunt, quarum Iustinianus etiam hic aliquas attingit. Prima est, quod mutuum est siue existit in rebus fungibilibus; commodatum non in illis, sed speciebus mobilibus & immobilibus; quanquam hic olim fuit differentia, de qua vide *l. 1. D. commodati.* Secunda est, quod res mutuo datæ fiunt accipientis, id est illius, cui mutuo dantur; sed commodatę non transferuntur, verùm manent prioris domini. Tertia, quod mutuatarius omninò debet restituere rem mutuo acceptā, nec vllo casu ab hac præstatione seu solutione liberatur. At commodatarius, si rem commodatam amisit, nulla sua culpa liberatus est, nec quicquam cogitur præstare. Causa huius differentiæ est, quod rerum pericula, id est, si quid sine casu hominis facto, casu fortuito & fatali necessitate, vt vocant, in rebus contigerit, id pertineat ad rerum ipsarum dominos; & homines non nisi de iis teneantur, quæ ipsorum facto accidūt. Vide *l. pignus. Cod. de pig. act.* Cum igitur, vt iam dictum, mutuum trāsferat dominium, & res mutuo data illius facta sit, cui data est; primum, si ipse in ea conseruanda negligens est, sibi imputet. Deinde, si nihil ipse peccauit, ferat tamen ipse & non alius ex re propria casus & pericula. At in commodato nō transfertur dominium; itaq; ferat dominus conditiones istas à fortuna & casu oblatas. Sed aliter accipiens, quia re aliena beneficii loco vtitur, adhibeat in ea conseruanda custodiendaque diligentiā; aqu omissa, si quid accidat, non petat proximi damnum. Et hęc de differentia inter commodatum & mutuum, de quibus vide *l. incendium. C. de reb. creditis. item l. 1. l. 3. §. vlt. l. 8. & 9. D. commodati.* & pulcherrimum hunc nostrum text.

Nunc videamus quædam adhuc de definitione nostra. Diximus, *vsum concedi*: nam proprietas & dominium manet penes commodantem, vt dictum est. Quod autem ad vsum hunc attinet, certus modus quidam & vsus præscribi solet, quem transire non licet. *§. in commodato. § sicut. vbi etiam notatur. D. commodati. & infra de furtis. lib. 4.* Diximus autem, *id gratis fieri*: quia commodatum gratuitum esse debet, vt etiā de mutuo contendunt, vt supra. Sed quid si hic merces interuenerit, veluti si sic conuenerim, vt tu meo equo vtaris per tot dies, & mercedis loco des tantū? Illa conuentio iniqua non est, sed cōmodatum tamen tunc nō est, verùm potius contractus innominatus, aut etiam locatio & conductio, *vt hic & infra de location. tit. 25.* Ecce, cùm commodatum gratuitum esse debeat, & tamen hoc liceat, quod etiam valet in veste & libris & aliis eiusdē generis, cur non etiā liceat, datis (verbi gratia) ad aliquod tempus centū, hinc aliquam veluti mercedulam petere & pacisci? Aiunt mutuū non esse ad hoc proditū, sed saltem cōmutationis causa inuentum. Sed nos, quod diximus de pecunia numera-

numerata, idem possumus proponere de aliis, vino, oleo, &c. Equidem id, quod dicunt, per se subtile est, nec credēdum ob eam causam tantopere vsurariis istis irasci debere. Ergo ad alia principia currendum. Sed de his supra dixi. Dixi, *post suo tempore*, id est, tempore cōuento eandē rem reddi oportere, nempè, non debet inuito creditori aliud pro alio solui, *vt infra, quib. mod. obligatio tollitur.* §. 1. Magna enim est specierum differētia. In mutuo tamen aliud soluitur; quia ibi accidit, vt in ipso etiā genere sit æquabilis functio, saltem seruato pondere, numero, mensura, de quibus vide itidem supra. Dixi, *rem æquè bonam esse reddendam.* Et de hoc sic scribit Iurisconsultus: *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita*; non videbitur reddita, quæ deterior facta *redditur.* vide *l. 3. §. si reddita. & l. in rebus 18. §. siue autem. D. commodati.* Et ob hoc Hottomannus in sua definitione dicebat, *à commodatario summam in ea ipsa re diligentiam præstandam.* Quæ verba sic accipienda sunt, vt & in re conseruanda, ne fiat deterior, & ea etiam custodienda, ne depereat, & suo tempore reddi possit, adhibeatur diligentia. Et hoc est, quod monui in differentia tertia. Sed iam quæritur, quousque hæc diligentia intelligenda sit? Nam faciunt ICti gradus diligentiæ; quibus opponuntur simili ratione gradus negligentiæ, quib. consequens est illa, quæ dicitur, culpa. Et sic memini loqui Hottomannum. Hinc est apud nostros illa distinctio, in culpā latam, leuem & leuissimam. Et dicimus Latinè *præstare culpam*, quod est emendare culpam, teneri propter culpam. Fit etiam in eo genere disputationis mentio doli, qui est machinatio, alterius decipiendi & circumueniendi causa adhibita, *l. 1. D. de dolo malo*, de quo plura suo loco. Sed, vt dixi, quæritur igitur, quamnam omnino culpam Commodatarius præstare cogatur? Et de hac re extat generalis lex *sub tit. de regul. iur.* nempè, lex contractus 23. *Contractus*, inquit, *quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam & dolum & culpam. Dolum tantum; Depositum & Precarium. Dolum & Culpam, Mandatum, Commodatum, venditum, pignori acceptum, Locatum. Item dotis datio, tutela, negotia gesta. In his quidem & diligentia, societas, & rerum cōmunio & dolum & culpam recipit. Sed hæc ita, nisi si quid nominatim conuenit, vel plus vel minus in singulis contractibus. Nam hoc seruabitur, quod in initio conuenit. Legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si conuenerit, quod dolus præstetur. Hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est; & ita vtimur. Animalium verò casus, mortes, quæq; sine culpa accidunt, fugæ seruorum, qui custodiri non solent, rapina, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præstantur.* Hæc Vlpianus *in ea l. 23.*

Nunc igitur ad præsentem contractum, quem ait recipere dolum & culpam. Sed, vt dixi, quæritur amplius, quousque? Addit igitur, *in his quidem & diligentia venit*, & hoc nostro textu scribitur, teneri commodatarium ad *exactissimam* diligentiam, quāquam alii legant *exactam*; sed res ipsa tamen ostendit, de exactissima eum loqui. Quare benè Accursius monuit: Positiuum esse positum pro Superlatiuo; & alibi, vnde hæc sunt desumpta, legi & *exactissimam, vt D. de obl. l. 1.* Porrò verò exactissima diligentia, quæ supra summa diligentia, opponitur minimę negligentię, cuius consequens est leuissima culpa. Ergo tenebitur Commodatarius etiam de leuissima culpa, cuius rei exēpla pulchra habet textus. De maiori aliquo casu non tenetur Commodatarius. Pertinent enim ii casus ad dominū, & sunt hi, qui nulla humana prouidentia & attentione, aut prouideri aut caueri possunt; vt est *in l. 5. C. de pign. act.* Sed additur tamē hic etiam pulchra exceptio. Nam licet casus fortuiti à nullo præcaueantur, vt est apud Vlpianum *in d. l. 23.* hic tamen scribitur & docetur: Si is casus ipsius Commodatarii culpa interuenerit, eum de casu quoque teneri. Idem docetur & scribitur *in l. 1. §. is quoque. D. de obligat.* ergo dicitur vtrumq;

Primum, vitare peccata, vitare pericula, est vitare occasiones, de quibus hoc dicitur: *Nox & amor, vinumq; nihil moderabile suadent.* Et rursus: *Qui amat periculum, peribit in eo.* Alterum est; qui dat occasionem damni, tenetur de damno; vide *l. qui occidit 30. §. fin. D. ad l. Aquil.* Sed ad hoc tamen postremum quod attinet, benè notetur, cum dicitur: Si culpa casus is interuenerit, teneri hominē. Ex quo est & illud, quod iam diximus: *qui occasionem damni dat, &c.* Illud tamen ita intelligendum, si eadem culpa etiam causam dedit casui, vel occasio etiam causa aliqua fuit, ad quod allegant *l. final. §. 2. D. de lege Rhodia, de iactu.* Alioquin non omne, quod præcedit, causa rei est, & longissima aliqua occasio nihil ad causam. In quo turpissimus & perquā noxius committetur error, veluti cum illa proditrix patriæ dixisset. *Vtinam ne vna cum monte Pelione cæsa securib. recidissent abiegna ad terram trabes:* quam meritò ridet vetus Poeta. Sed de his aliquid in delictis. Nunc pergo ad alia. Equidem ad locum, quatenus quisq; in contractib. siue ex contractib. obligetur, Dd. etiam aliam coēm habent doctrinam, & iuuantur sane argum. *l. 5. §. 3. D commodati, & l. 108. §. cum quid. D. de legat. 1.* Sic igitur dicunt, aut in eo contractu vnius alicuius sola vtilitas est, aut vtriusq;. Et priori quidē casu, vel dantis, vel accipiētis ea vtilitas est. Quod si igitur omnis ex cōtractu vtilitas accipiētis est, vt accipit in Cōmodato, meritò is ad omnem diligentiā & exactissimam custodiā obstringetur; sin verò dantis tantùm est vtilitas, vt in deposito fit, solum tenetur alteris accipiēs de dolo. Quod si deniq; vtriusq; est vtilitas, non tam exacta illi imponetur custodia, & plerumq; de dolo & culpa tenetur, non tamen leuissima. Et hæc videbimus deinceps per singulos cōtractus. Et ex hoc ipso nunc satis constat, quid Commodatarius præstare debeat. Cæteras exceptiones supra *l. contractus 23 de reg. iur.* audiuistis. Sed & varia adhuc est natura & cōditio Cōmodati, quæ & ipsa variat, de quib, vide *l. sicut. & l. in rebus D. Cōmodati* Ergo vidimus quæ sit obligatio Commodatarii, nempè, vt rem commodatam ita, vt dixi, conseruet, & custodiat suo tempore incorruptā, siue non factam deteriorē restituat: si secus quid fiat, conuenietur ad hoc actione, quæ dicitur & est actio cōmodati, competēs ad ipsius rei æstimationem, & quanti interest, quo nomine in litem etiam iurari potest; vbi nunc Interesse generatim vocamus æstimationē eius dāni, quod in re alicuius familiari per alterius culpā contigit; vide *l. 3. § 3. l 64. D. commodati, l 38. §. videamus. D. de vsur.* Porrò est ea actio hoc casu directa actio, & est per omnia talis, qualem diximus esse actionē mutui (nimirū Ciuilis est, in personam cōparata, rei persecutoria, in simplum cōpetens, perpetua, & quæ heredib. & in heredes datur) nisi quod hæc bonę fidei est actio, quā ad eundem quoq; modū instituit Actor, nisi quod medium, vt vocant, id est, causa concludendi proxima non est mutuū siue lex de mutuo, sed de cōmodato, vt: *Corā vobis comparet Titius Actor, ciuis & subditus vester, proponit & dicit, se nuper Caio cōciui, siue contribuno suo, ad petitionem ipsius commodasse argētea pocula tria ad cœnam, ad quam amicos inuitârat. Sed ea sibi finita cœna, & nedū etiam esse restituta, etsi sæpius, vt restitueret, admonitus sit aduersarius Reus Quod eum contra bonā fidem & leg. Cōmodati fiat.* vt ostendit l. 3 §. 3. & l. 5. D. Commodati. *petit Actor, &c.* vt supr.

Quod si res deterior sit reddita, cōueniendus est Commodatarius ad id, quod cōmodantis interest, vt & aliis casib. *l 3. §. 3.* Illud etiam hic notandū ex hoc ipso cōtractu, nonnunquā & Cōmodantem ex æquo bono obligari cōmodatario, veluti, si Cōmodatarius in eam rem coactus est facere necessarias aliquas impensas; si alter, i. e. qui cōmodato dedit, sciens volēs dederit rem vitiosam, & quæ nocitura sit, veluti vasa vitiosa, ex quib. vinum meum contrahat vitium, & corrumpatur, si intempestiuè reuocetur Cōmodatum. Sunt n. contractus ab initio liberę voluntatis, sed postea transeunt in necessitatem; vide de his *l. 17. §. sicut. l. 18. §. possunt, & §. item qui sciens, l. 21. D. Commodati.* Atq; his casib. contra istū quoq; habebit locū actio cōmodati sed contraria,

quasi

quasi dicas, non recta, nō principalis, sed in cōtrariam partem, per accidens, aut quasi ex post facto, q eiusdē naturæ est cum directa, eodemq; instituetur modo, narrato diligēter casu. Verbi gratia: *Proponit Titius Actor & dicit se Caium Mauium vicinum nuper rogasse, vt sibi duo vasa, in quibus vinum suum colligeret, cōmodaret, quod ille quidem fecit, sed tamē sciens doloq; malo eiusmodi dedit vasa, ex quib. ipsius actoris vinū plane sit corruptū. Quod quia cōtra bonā fidem est, nec nos decipi officio, sed adiuuari oportebat*, vt scribit IC *in l. 17. § sicut. D Commodati, petit Actor iudicari, id Reo non licuisse, eumq; condemnari in id, quantum actoris interest, vinum non esse corruptum*. Et hæc pro nostra breuitate in hac pſenti explicatione sufficiant de Cōmodato. Nam & dies diem docet, & lectio lectionem aperit, & qui ordine discit, non facilè aliqd desiderat. Iā addendū breuiter ad cōmodatum ꝓximè accedere ꝑcariū. Sed hoc maximè interest, q in cōmodato, vt diximus, certus vsus pſcribitur: *Precarium verò est, cum indefinitè, siue præfinitione certi vsus, conceditur quid vtendum, idq; etiam gratis*, vide *in D. de precario*.

§. 7. Præterea & is, &c.

Quartus contractus Depositum est, sic dictum à deponendo, q inter cætera significat alterius fidei cōmittere siue cōmendare; vt depositum nihil sit aliud, q̄ quod alicui custodiendum datū sit. *L. 1. D. depos.* q & sequestrum dicitur. Sed tamen finis distinguit sequestrū à deposito. Nam *Sequestrum propriè est, cum res controuersa interea alicui cōmittitur, qui dicitur Sequester*. vide *l. 5. 6. & 77. D. depos. itē l. Sequester. D. de verb. sig.* Sed, vt in aliis fecim⁹, videamus breuē aliquā certiorē & pleniorē definitionē depositi, q̄ eius naturā apiat: *Depositū, sic definiri pōt, est cōtractus re ipsa initus, siue re constans, quo res aliqua apud alterū ponitur, vt eam bona saltē fide custodiat, idq; gratis, & deponenti quandocunq; repetenti eandē rem integrā & incorruptā restituat*. Dixi, *re ipsa initus*, qa & depositū ex eo genere contractuum est, q re fiunt. Dixi, *quo res aliqua*, nimirū omniū rerum fungibiliū, & nō fungibiliū depositum est. Dixi, *apud alterū ponitur, vt bona fide saltē custodiat*. Nam in depositū venit sola mala fides, i.e. dolus, cui cōtraria est bona fides, *vt in l. contractus. D. de reg. iur.* Sed de hoc plenius paulò post. Dixi, *custodiat:* Nam hic finis est, vt custodiat, deponitur, & re deposita vti non licet. A Cōmodato igitur multū differt, vide *l. 3 C. depos.* Dixi, *idq; gratis:* quia & depositum gratuitū esse oportet, aliàs transibit in locationē. Dixi, *& deponenti quandocūq; repetenti restituat:* qa depositū statim, vt repetitur, restituendum est, & qdē illi, q deposuit *l. 1. §. est aūt. D depos.* Dixi deniq;, *eandem rem integrā & incorruptā restituat*, qa in deposito nō transfertur dominium vt in mutuo, vide *l. licet 17 § 2. D. deposit.* & nō licet inuito aliud ꝓ alio dare. *vt supr.* resq; deposita incorrupta reddenda est, vide *l. 1. §. si res deposita. D. depos.* Et sic habes nunc obligationem depositarii, nēpè rem cōmissam custodire debet, nō qdē ad exactā diligētiā, sed tamē sine dolo & fraude, & pòst repetēte eo, q deposuit, eandē omninò rē incorruptā ilico restituere; secus si quid fiat, cōuenietur actione, de qua postea. Adeò aūt repetenti ilico restituere tenetur, vt nullius ēt cōpensationis & similis retentionis nomine denegare depositū, nec prætextu alicuius denunciationis retardare liceat, *l pe. C. depos. Non. 88. de deposito. infr. lib. 4. de act. cum loco de compens.* Magna n. hic cōtrahitur fiducia, q̄ fallere graue est, & ꝓpterea quoq;, si qs in deposito fidē falleret, eum iudicarunt, qui notaretur, i.e. fieret infamis, de quo inf. *de act.* Et Tertull. ad Scapulam excusans aduersus tyrānos Christianos & eorum integritatem, *Depositum*, inquit, *nō abnegamus*. Sed, quid an omninò depositum reddendum est, ni velis infami actione condēnari? Sanè si absq; dolo reddere nō possis, excusaberis: dictum n. est, tantùm dolum in hunc cōtractum venire, vide *l. 1. §. est autem. D. depositi.* vbi latius Accurs. allegans suo more locos consentientes & pugnātes. Hic se tamē offert elegās illa quæstio: Si q s custodiæ causa deposuit apud te arma, gladium, & post repetat furiosus?

Et eiusmodi progymnaſmata quædam proponit etiam Cicero *in Offic.* ſed eorum ſeria deciſio in cauſa forenſi, petenda eſt ex Iure. Et hoc intereſt, vt alibi monui, inter iſta Philoſophica & hæc noſtra. Et habet alioquin pleraq; in illo libro Cicero vt Philoſophus, quæ legib. Ciuilib. non recipiuntur. Sed ad quæſtionem iam propoſitam. Aiunt ex Cicerone id depoſitum non eſſe reddendum, *lib. 1. Offic. ibi, Sed incidunt ſæpe, &c.* Verum hoc in legib. noſtris, quo fundamento conſiſtant, videndum eſt. Adferunt autem alii aliud. Equidem *in c. ne quis 22. q. 2.* ex ſententia Auguſtini ſcribitur, furioſo ſiue furenti gladiũ depoſitum non eſſe reddendum. Ego minor hoc non animaduerti, furioſum ipſo iure eſſe ſub Curatoribus, vt non ſit quis compellendus ei date aut ſoluere ſine Curatore. Et ſic non admodum digna erit hæc quæſtio, quæ à Legumlatorib. proponatur. Sed tamen non tam de vero furioſo quæratur, q̃ de eo, qui furentis ſimilis eſt, nempè, iuxta illud: *Ira furor breuis eſt.* Et huic putauero certo in caſu, quo metui poteſt, ne noceat ac lædat alterum, per id tempus licere negare depoſitum; quod verum ſit, ita hanc fidem ſummi etiam officii præſtandam eſſe, ſi non obſtat grauior aliqua lex & iuſtitia. Et hoc probari poteſt per *l. bona fides. D. depoſiti,* quam ad hanc rem & huius controuerſię deciſionem erudite allegat vir eruditione, virtute, grauitate, & denique ſumma dignitate & ſplendore præſtãs Dn. Georgius Cracouius.

Sed nunc videamus de modo huius cuſtodię. Et ſcribitur hic, Depoſitarium culpę nomine non teneri, ſed ex eo ſolo, ſi quid dolo commiſerit. Ergo ipſius deſidia & negligentia non punietur, ſed ſolummodo malitia, & doloſa atq; abſcondita machinatio, vt loquitur Iuſtinianus *in l. vlt. C. de litigioſis.* Iam recurrat in mentem, quod ſupra dixi, ex hoc contractu tantum deponentis eſſe vtilitatẽ. At verò, exceptiones etiam huius noſtræ regulæ diſces ex generali illa *l. contractus. ſub tit. de reg. iur.* ſupra propoſita. Vide etiam *l. 1. § ſæpè euenit. D. depoſiti, & ibid. gloſſ. item l. 3. D. nautæ, caupones, ſtabularii, &c.* atque generaliter etiam docetur *in l. quod Nerua 22. D. depoſiti.* De lata tamen culpa Depoſitariũ quoque teneri (ea eſt craſſa & magna culpa, videl. nõ intelligere, quod omnes intelligunt) vide *l. lata culpa. & l. magna negligentia. D. de verb. ſignif.* Et opponitur ea ipſa lata culpa minimæ diligentiæ, vt, ſi quis ſaltem minimam aliquam diligentiam debuit, eamque etiam omiſit & neglexit, is latæ culpæ reus dicatur eſſe. Atq; hanc latam culpam dicunt eſſe propè dolum, & dolo comparari, eamq; præſtare, qui dolum præſtat, ad quod allegãt eandem l. *quod Nerua.* Exemplum autem ſiue caſum proponit tibi ICtus: *Si quis, vtcunque is ſit aliàs vel diligẽs vel negligens, minorem diligentiam rebus depoſitis, quàm ſuis præſtat, is inquit fraude non caret.* Illud tamen notandũ *in l. Cornelia, de Sicariis.* culpam latam pro dolo nõ accipi *l. in lege. D. ad l. Cornel. de Sicariis.* & affirmat Petrus Faber vir doctus & peritus, in vniuerſum, in delictis non perindè latam culpam venire ac dolum, nec ſimiliter vtrumq; vendicari, ad quod allegat etiam *d. l. in lege.* Et hæc hactenus de obligatione depoſitarii, vbi illud tamen etiam notãdum, quo maior eſt neceſſitas deponendi, eo maiorem contrahi fiduciam, deberique fidem. Cui conſequens eſt, eò magis etiam eſſe flagitium in perfidia, grauioremq; obligationem. Et proponit ICtus de hoc quatuor iſtas ſpecies, nempè; ſi quis ſubita conſeruatione, in incẽdio, naufragio, tumultu, vel deniq; ruina deponit, *l. 1. §. 2. D. depoſiti.* Notetur & hoc, ſi Ciſta cum rebus incluſis depoſita ſit, ſiquidem ipſæ ſpecies, puta, libri, veſtes, &c. oſtenſæ ſint in depoſitione, rectiſſimè ſingulorum nomine agetur; ſin minus, & qui depoſitum accepit, ignorauerit, quæ res ibi ſint, tamen agi poteſt (cur enim non curauit ſibi oſtendi in depoſitione?) Sed benè tamen monet Accurſius, actorem probare oportere res ibi fuiſſe. *l. 1. § ſi ciſta. & ibi gloſſ. D. depoſiti.*

Porrò

Porrò verò ex hoc contractu & obligatione hinc descendente, est actio Depositi, quæ per omnia eiusdem naturæ est cum actione Commodati, nempè, ciuilis est in personam rei persecutoriæ, bonæ fidei, perpetua, & cōpetit heredibus & in heredes; sed hoc addendum, famosam esse actionem, id est, quæ cōdemnatum infamat, vt alibi audiemus. Atq; etiam quatuor istis casibus, nempè, si quid depositum causa incendii, &c. vt supra, pœnalis est actio in duplum aduersus inficiantem, id est, negantem, quo casu etiam prætoria est actio, & adeò annalis quoq;, *l.1.§.2.D. depositi.* Iam & ad eundem eum modum hęc actio proponetur, narrato facto & subiecta conclusione petitionis, veluti:

Coram vobis Domine Iudex compareo in Iudicio ego Sempronius Actor, contra Caium Reū, & quamcunq; personam pro eo legitimè interuenientē, & dico ac propono, non quidem in modum solemnis libelli, sed simplicis saltem facti narrationis, & summaria petitionis, quod ante annū, cum proficiscerer peregrè, cistam signatam refertam libris & vestib. custodia causa deposuerim apud prædictum Caium Reum, qui species inclusas vidit, & libera voluntate huiusmodi custodiā suscepit, quod is tamen eandem cistam integram & incorruptam cum omnib. rebus inclusis nunc nō restituit, licet de hoc aliquoties admonitus sit. Restituit ille quidem cistam, sed reclusam, sublata potissima inde specierum inclusarum parte, veluti librorum. Et licet causetur, illa clàm & se ignorante sublata inde esse, tamen constat eum hanc ipsam cistam & res neglectiùs habuisse, suas verò res & cistas longè diligentiùs custodiuisse. Quæ cum pugnent cum natura bona fidei, & custodia in deposito, iuxta id quod scribitur in l. ꝗ Nerua, D. deposit. *ideo nunc implorato humiliter vestro officio, hoc libello, & omni alia meliori modo & forma, quibus possum, vbi me etiam nō adstringo ad probationem, nisi eorum, quæ mihi necessaria sunt, peto, vt iudicetis, prædictū Caium Reum has res ipsius custodia commissas mihi Actori integras & illæsas reddere oportere, vtq; eū condemnetis, cōdemnatumq; ad satisfaciendum, prout ius & ratio dictat, compellatis legitimè, & in hoc mihi ius & iustitiam administretis.*

Postremò est & hoc obseruandum, in isto quoq; cōtractu, vt in Commodato, accidere nonnunꝗ iisdem propè de causis, de quibus ibi, vt & deponēs depositario obligetur. Quo casu est & hęc actio contraria, id est, cōtraria actio depositi locum habet aduersus deponētem, quæ actio directæ actioni per omnia similis est, nisi quod nō infamat, sicut contrariæ actiones; vide *l. si apud s. & l. actionem 23. D. depositi.*

§. 8. Creditor quoque, &c.

Quintus contractus pignoratitius siue pignoris. Pignus aiunt dictum esse à pugno, ꝗ manu tradatur. Item & hypotheca dicitur; quamꝗ hic ferè aliquid discriminis faciunt ICti. Vide de his vocibus *l.5.§.1.D. de pign. act. item l. si rem. ibid. & infr. de act. §. Seruiana.* Atque, quod ad contractum attinet, hic quoq; contractus re fit, nimirum re ipsa, id est, quia pignus accepisti, teneris ad restitutionem; alias pignora etiam nudo consensu constituuntur, & omninò ex pignorib. aliæ atq; aliæ sunt obligationes Sed de hoc iam nō agitur. Verum videamus breuiter & huius etiā contractus aliquam definitionem, quæ præsentem obligationem aperiat. Dicemus igitur: *Pignus,* siue pignoris hunc contractum, *contractum esse re initum, quo creditor alterius cuiusq; rei pignus quodcunq;, quod sua securitatis causa, siue in securitatem debiti accepit, interea donec solutio fiat & fieri debeat, diligenter asseruare & custodire, & pòst solutione debiti facta idipsum debitori integrum & illæsum restituere debet.* Aio, *re initum*, vt supr. aio, *quo creditor alterius cuiusq; rei*, quia pignoris hic contractus, vt & alii nōnulli, accessorius est contractus, nempè, qui aliis contractibus siue ad alios contractus accedit. Et potest quidem accedere ad omnem propè contractum omnemq; obligationem, adeoque etiam naturalem tantùm, omniumque etiam rerum pignus esse potest; vide *l. res hypotheca 5. D. de pignor.*

pignor. & huc pertinent illa verba nostræ definitionis, *alterius cuiusque*, item *pignus quodcunque*. Aio, *quod in securitatem debiti accepit*, quia ad hoc dantur pignora, vt creditoribus sit magis cautum & prospectum. Plus enim cautionis in rem est, quàm in personam *l. plus cautionis. 15. D. de regul. iuris.* Et quia creditor in vim siue securitatem rei suæ creditæ pignus accipit, fit etiam hoc, vt pignus quodammodo repræsentet ipsius rem creditam, vt ppterea, si debitor in mora est, ne satisfaciat constituto tempore, possit Creditor distracto siue vendito pignore curare, vt sibi satisfiat. *D. de pignorum distract.* Sed de hoc audiuimus *lib. 2. tit. quibus alienare licet vel non, §. contra autem creditor*, vbi latè diximus. Porrò iisdem illis verbis, cum dicitur, *quod in securitatem accepit*, ostenditur finis accepti pignoris, qui hic est, & non alius, vt pignore vti nō liceat. Distatq; hic pignus à Mutuo, Commodato, emptione & venditione & similib. Ait, *Interea donec solutio fieri debet & fiat, custodit, &c.* quia si principalis rei & debiti solutio cum dicta & conuenta die non fiat, poterit, vt dixi, Creditor pignus etiam distrahere. Aio, *diligenter asseruare & custodire debet*, siquidem venit in hunc contractum dolus & culpa, vt Vlpianus *in d. l. contractus. D. de reg. iur.* & idem Vlpian. *in l. si cum venderet 13. §. venit. D. de pign. act.* sic scribit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, vt in Commodato; venit & custodia; vis maior non venit.* Per *Vim maiorem* intelligit casum fortuitum, quem Græci θεῖον βίαν, vim diuinam vocāt, vide *l. 23. §. vis maior. D. locati, & supra, de Commodato.*

Porrò quod inquit, *vt in commodato*, intelligendum est secundū quid & non simpliciter, vt monet etiam Accursius *in d. l. & §. venit.* Et in summa, communi calculo id receptum est, Creditorem in pignore pręstare tātùm dolum & culpam etiam leuem, non culpam leuissimam, aut casum; & ita hic etiam dicitur, eum præstare debere exactam diligentiam. Et *in l. 14. D. de pign. actio.* Paulus scribit: *Ea igitur, quæ diligens paterfamil. in suis rebus præstare solet, à creditoribus exiguntur.* In Commodato non sufficit ea diligentia, vt supra. Amplius reddit huius rei rationem Imperator noster: *Quia, inquit, vtriusque ex hoc contractu vtilitas. Creditoris, vt sit ei cautum; Debitoris, vt facilius inueniat creditorem.* Ergo quod ad vsum & effectū huius Iuris attinet, hoc loco sic docetur: Si creditor hanc suam diligentiam, ad quam tenetur, pręstitit, & nihilominus pignus amisit, potest tamen exigere suum debitum. Pergo in definitione. Aio, *Pòst solutione debiti facta.* Nam non ante liberatur pignus, quam soluto eo, quod debetur, vel, si aliter satisfactum sit creditori. *l. si rem, §. omnis, de pign. act. cum similib.* Aio, *idipsum deberi reddendum*, quia non transfertur in datione pignoris dominium, *l. pignus, 8. C. de pign. actione*, nec aliud pro alio inuito soluendum est, vt supra aliquoties. Aio denique, *integrum & illæsum restituere debet*, nempè liberum debet pignus restituere, non deterius factum, non corruptum; alioquin damna præstabit, & id, quod interest; vide *l. 9. §. vlt. l. 15. l. 22. §. si credo, & l. 40. §. vlt. D. de pign. act.*

Et hinc intelligitur obligatio præsens creditoris, quæ est ista: Pignus sibi datum & commissum diligenter, & vt bonus paterfamil. custodire debet, & soluto eo, quod debetur, debet idipsum liberum, integrum & incorruptum restituere. Atque hoc nomine aduersus eum actio est, quæ dicitur actio pignoratitia, ciuilis, in personam comparata, rei persecutoria, in simplum, bonæ fidei, perpetua, atque heredibus pariter & in heredes competit, quæque hoc casu directa est actio, & proponitur ad modum, quem iam sæpius indicauimus, nempè, præpositis præponendis: *Dicit Actor, se ante tale tempus, puta sex menses, accepisse mutuo à Titio Reo tot, eoque nomine pignus dedisse & tradidisse, & quidem constituto tempore totum id debitum persoluisse, & tamen prædictum reum absque vlla legitima causa pignus illud nondum restituisse.*

fuisse, etsi, vt restitueret, sæpius monitus & rogatus sit. Quod cum iniquum sit, petere se, vt prout Ius & ratio dictat, iudicetur & pronuncietur, rem oppignoratã soluto eo, quod debetur, obligatione pignoris liberatam, & reum eandem rem actori restituere oportere, vt supra.

Porrò verò intenditur & hæc actio contraria in ipsum, qui pignus dedit, si creditorem in contrahendo pignore deceperit; si rem alienam pignori dedit; si ea euicta sit; si pro auro æs subiecerit; si ex eo, quod pignori datum, læsus sit; si sumptus in eam rem, quæ data est, fecerit; vide de his *l.1.§.finali; l.3. l.8.in princip. l.9.l.16. §.1. l.24 §.1.l.25. l.31.l.32 & 36. D. de pign. act. l.54. D. de fideiussorib.*

Tandem hoc loco de differentiis quibusdam Iuris Saxonici admonendum est. Quod ad Commodatum attinet, quidam sic notarunt, ac si Iure Saxonum in Commodato transferatur dominium, ad quod allegant *art.60. lib.2.* Landtrecht / qui textus tamen sic loquitur, vt idem doceat de pignore, adeoque etiam de deposito. Sed, pace aliorum dixerim, id ille textus non docet, siue non dicit. Nec hoc ex eo textu colligendum sentio; traheret enim illa mutatio multa secum, quæ magni sunt momenti; nec hoc eum Legislatorem velle, ostenderem *ex artic.5. lib.3.* de quo postea. Quæ verò aliàs ibi differentia sit, alio loco notabitur. Et iam iterum, quod ad pignus attinet, notate: Iure Saxonum in eo Creditorem etiam casum fortuitum præstare, saltem eatenus, vt non liceat repetere rem creditam; atque ad hoc allegatur *prædictus artic.5. lib.3.* Quanquam & gloss. illum textum ad species ibi propositas, puta ad equum, & alia iumenta, restringit.

***

DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

TITVLVS XVI.



Erbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cùm quid dari fierive nobis stipulamur; ex qua duæ proficiscuntur actiones, tàm condictio [certi] si certa sit stipulatio, quàm ex stipulatu, si certa sit; quæ hoc nomine inde vtitur, quòd stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

§. 2. In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fideiubes? Fideiubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam.* Vtrùm autem Latina, an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si vterque stipulantium intellectum eius linguæ habeat; nec necesse est eadem lingua vtrunq; vti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere.

§.3. Quinetiam duo Græci Latina lingua obligationem cõtrahere possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in vsu fuerunt; postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata, sensum & conso-

nantem intellectum ab vtraque parte solùm desiderat, quibuscunq; tandem verbis expressum est.

§. 4. Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè; veluti, *Quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem, cùm adiecto die, quo pecunia soluatur, stipulatio fit; veluti, *Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti priùs, quàm dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio soluentis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquàm is præterierit.

§. 5. At si ita stipuleris, *Decem aureos annuos, quoad viuam, dare spondes?* & purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur, quia ad tempus non potest deberi, sed heres petendo pacti exceptione submouebitur. Sub conditione stipulatio fit, cùm in aliquem casum differtur obligatio, vt si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio; veluti, *Si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?*

§. 6. Si quis ita stipuletur, *si in Capitolium non ascendero, dare spondes?* perinde erit, ac si stipulatus esset, cùm moreretur sibi dari.

§. 7. Ex conditionali stipulatione tantùm spes est debitum iri; eamq; ipsam spem in heredem transmittimus, si priùs, quàm conditio extet, mors nobis contigerit.

§. 8. Loca etiam inseri stipulationi solent; veluti, *Carthagini dare spondes?* Quę stipulatio licet purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adiectum, quo promissor vtatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur, *Hodiè Carthagini dare spondes?* inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

§. 9. Conditiones, quæ ad præsens vel pręteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omninò non differunt; veluti, *Si Titius Consul fuit:* vel, *Si Meuius viuit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio. Sin autem ita se habent, statim valet.

§. 10. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, nō morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

§. 11. Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; vt si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in huiusmodi stipulationib. optimum erit pœnam subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quòd eius intersit. Itaq; si quis, vt fiat aliquid, stipuletur, ita adiici pœna debet: *Si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

§. 12. Sed

§.12. Sed si quædam fieri, quædam non fieri, vna eademque conceptione stipuletur quis, clausula huiusmodi erit adiicienda: *Si aduersus ea factum erit, siue quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

COMMENTARII.

SEcunda species contractuum est de contractibus, qui verbis fiunt; de quibus nũc. Hi contractus siue hic contractus non est sine consensu, vt nec alii; sed solo consensu non contrahitur, hic obligatio efficitur, Rei tamen interuentum hic non desideramus. At nec verbis nudis promissum necessum est præstare. *l. litem. C. de pactis. l. nuda pollicitatio. C. nostro tit.* Quid igitur est verborum obligatio? Nempè inquit Iurisconsultus: *Stipulatio est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur*, daturum facturumue se id, quod interrogatus est, *promittit. l. 5. §. 2. D. eod.* Et Iulius Paulus in sententiis scribit: *Obligationum firmandarum gratia stipulationes introductæ sunt, quæ quadam verborum solemnitate concipiuntur. lib. 5 sent. de oblig.* Ergò stipulatio idem est quod verborum obligatio. Et sic dicitur à nomine stipulum, quod significat firmum. Itaque *d. l.* Paulus inquit: *Et appellatæ sunt, quod per eas firmitas obligationum constringitur.* Stipulum enim Veteres firmum appellarunt. Proinde stipulatio est solemnis verborum repromissio, cõstans interrogatione & responsione, veluti promittis? promitto, quasi deliberatum aliquid certum & constans, & minimè temerarium & inconsultum veniat in promissionẽ. Quo casu cum ex temeraria & leui promissione non placeat statim actionem dare, ne nimium concutiatur Respub. siue quies publica, placuit actionem nullatenus denegari, ne rursus qualibet perfidia impunè feratur. Cuius rei testis est etiam Cicero *pro Cæcinna.* Et hoc ita Iurisconsultorum ingeniis & interpretatione proditum est. Vnde dicunt hunc contractum esse ex iure ciuili. Sed apparet adhuc ex præcedenti loco, hunc contractum esse veluti accessorium contractum. *Firmandarum obligationum gratia*, inquit Paulus, *stipulationes introductæ sunt*, veluti, cum datur mutuo centum, & dominus stipulatur ad proximas Calendas sibi reddi. Atque huc etiam pertinet *l. iurisgentium. §. quod fere. D. de pact.* In summa, obligationum appendix & accessio quædam est stipulatio. Et olim, quæ alioquin solo consensu constabant, vel etiam re contracta erant, moris fuit adiicere eam ipsam stipulationem. Neque contrahendis solum obligationibus stipulatio adhibebatur; sed etiam in dissoluendis, vt infra alio loco: In fœderibus itidem faciendis; in sponsalibus contrahendis, & in aliis pluribus, cum publicis tum priuatis causis, vt & sponsalibus faciendis earum vsus semper fuit. Et hinc est, quod in hoc loco & in hac materia ea attinguntur & disputantur, quæ ferè ad omnes contractus omnesque obligationes pertinent. Vnde Iason prædicabat hunc tractatum de verborum obligationibus insignem esse, & magnam afferre iuris scientiam. Illud autem quæsitum est, anne per se etiam contractus sit verborum obligatio seu stipulatio? Et constat esse. Itaque & hoc tit. loco definitionis sic scribitur: *Verborum obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fieriue nobis stipulamur, ex qua duæ, &c.* Ecce causam ostendit efficientem, interrogationem & responsionem; Finem etiam, vt detur vel fiat. Et post effectum ex interrogatione & responsione eius non nascitur obligatio; sed quia causa subest, nimirum de dando aut faciendo; veluti: *Promittis filiam te mihi daturum vxorem? Promittis, si te currendo saltando, vicero &c.* Vide Agell. *lib. 4. c. 4.* itẽ *l. 2. D. sponsal. l. si gratuitam. §. vlt. D. de præscr. verbis. l. quib. D. de aleatorib.* Nũc effectus etiam ostenditur, nempè, quòd ex hoc contractu actio fit, & quidem duæ

actiones; *Certi condictio & actio ex stipulatu*; vtraque ciuilis actio, personalis, rei persecutoria, stricti iuris, perpetua, competens heredibus & in heredes, & instituitur, vt iam sæpè narrato facto, & subiecta ex iure conclusione petitionis. Cuius exemplum subiicere superuacaneum est; cum & mille sint factorum species, vt audiemus infra, præsertim in loco de fideiussoribus. Porrò prior illa actio locum habet, cum certum quid venit in stipulationem; posterior, cum incertum. *l. si quid certum. D. si cert. pet.* Et hæc hactenus de definitione.

Nunc videbimus, huius vniuersi tractatus quæ sint summa capita. Et quidem capita hæc proponuntur:

1. Quibus omninò modis & formis fiant verborum istæ stipulationes?

2. Quam variè stipulationes diuidantur & distinguantur?

3. Quæ personæ stipulari possint vel pro se, vel pro aliis?

4. Quæ sint vtiles vel inutiles stipulationes? Et nominatim etiam ex variis legibus adscribuntur celebres quædam formulæ stipulandi; & acquiritur earum vis & effectus, præsertim cum sunt duo Rei stipulandi & promittendi. Et hæc isto & sequentibus etiam titulis peraguntur. Quo pertinet etiam locus de fideiussoribus, & hæc, prout incidunt, exponam.

Et primo quidem ex hoc §. & ex verbis hactenus recitatis obseruentur duæ stipulationum distinctiones. Prima, quod stipulatio siue obligatio (Sic enim dixi, quod hæc exaudienda generaliter referri possint ad contractus & obligationes cunctas) alia certa est, alia incerta; siue, quod idem est, alia est rei certæ, alia incertæ. Certum dicimus, cuius species vel quantitas, quæ in obligationem venit, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ vice nominis fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur; siue cum ex ipsa pronunciatione apparet quid, quale, quatumque sit; veluti cum centum, quæ ex mutuo debentur, stipularis. Incertum igitur est, cum id, quod in obligationē & stipulationem venit, quid, quale, quantumque sit, non constat; veluti, cum factum stipulamur, siue id, quod consistit in faciendo. Id enim ferè incertum est, vide de his *l. certum. D. si cert. petat. l. stipulationum quædam certa. cum leg. sequenti. Cod. nostro tit.*

Iam verò altera diuisio notetur, quæ ante etiam in textu fuit, nempè: Stipulatio & obligatio alia est dandi, alia faciendi, vel de faciendo *l. 2. D. nostro tit.* Dare, est dominium transferre. *l. vbi autem D. eod. §. sic itaque. infra de actionib.* Facere est præstare. Imò faciendi verbo intelliguntur cætera omnia, quæ præstari possunt & solent. Et sub his intelligimus etiam contraria, non dare, non facere. Et sic habes omnium contractuum & omnium obligationum finem, vide *l. 3. D. de obligationib. §. fin. infra nostro tit.* Horum, vt supra dictum est, is vsus est, quod dandi obligatio certum; faciendi incertum contineat. Est & alius ex eo vsus: Stipulatio dandi præcisa est, ita vt id, quod quis dare promisit, peti possit & dari debeat. Verùm, vbi factum quis promisit, etsi obligatus sit, vt faciat, & id ipsum præstare possit, in petitione tamen id præcisè non est; sed vbi factum non erit, succedit obligatio ad id, quod interest. *l. stipulationes non diuiduntur 72. l. vbi autem. D. eod.* Id verò, quod interesse solet, incertum est, & difficilè probari potest. *l. vlt. D. de prætoriis stipul.* Quamobrem, stipulationis pœnam loco illius, quod interest, subiicere, vsitatum est. Veluti si quis stipuletur, ne vicinus altius ædificet, subest tacita conditio: *Si ædificaueris, dabis, quanti ea res erit.* Certitudinis autem alicuius causa additur nominatim pœna: Si ædificaueris dabis pœnæ nomine 50. *d. l. vlt. D. de prætor. stipul. & infra. §. fin. vbi pulcher textus.*

§. 2. In hac re olim, &c.

Ostendit, quando fiat hodie vtiliter stipulatio,

pulatio: nempè quibuscunque verbis, respondente eodem verbo, aut æquiualente, si modo etiam respondeatur, & aptè respondeatur. Nam inter absentes hæc verborum obligatio non contrahitur. Itaque nec per literas, nec inter mutos, infantes: quod inter hos non potest illa interrogatio & responsio contingere. Nec potest hęc obligatio nutu contrahi. Vtcunque enim illa vetus subtilitas nimia sublata sit; interrogatio tamen & responsio desideratur, eaq; conueniens rei, & vt alter alterum intelligat; quanquam interpres hic etiã admittatur. Et huc pertinet hic locus commemorans Constitutionem Leonis, de qua *in l. 10. C. eod. vide & l. 1. D. eod.*

§. 4. Omnis stipulatio, &c.

Sequitur stipulationum diuisio, à varia earum concipiendarum forma, sed quæ magni vsus est, magniq; effectus, eoque etiam vtilior, quod, vt monui, eadem ratione ea distinctio omniũ est contractuum, omniumq; obligationum. Diuisio siue distinctio hæc est: Stipulatio alia *Pura* est; alia *Pura non* est, sed vel *in diem, vel in cõditionem.* vide *L. obligationum ferè 44. D. de oblig. l. 1. D. de condict. & demonstr.* Iam addantur hic etiã subdiuisiones; & deinde exponendę sunt voces, querendę definitiones, & ostẽdendi effectus in negotiis ciuilibus. Quę diem habet obligatio, aut ex die concepta est, aut ad diẽ; & rursus, aut certum aut incertũ habet diem. *d. l. 44. & d. l. 1.* Conditio aut in præsens aut in præteritum, aut deniq; in futurum cõcipitur *l. centesima conditio 46. D. eod. & infra.* Et rursus, aut est conditio possibilis aut impossibilis, aut etiam turpis, *l. 7. & 26. D. eod. l. 14. & 15. D. de condit. instit.* Præterea vel affirmatiuè concepta est conditio vel negatiuè *d. l. 7.* Item, aut arbitraria est conditio, aut planè fortuita. *l. 10. & vlt. D. de condit. instit.* Et hæc ad nostrum nunc institutum sufficiant. Sunt autem & aliæ variæ cõditionum distinctiones, quæ legantur *ex tit. D. de condit. & demonstr.*

Nunc primum de vocibus & definitione quædam. *Purum*, hic dicitur, quod diem & conditionem nõ habet. *Dies* est, veluti, cum dies solutionis, &c. adiectus est. Ex die dicitur, veluti, *Calendis Ianuarij dare spõdes?* Dies certus est, veluti is, de quo dixi, *Calẽdis Ianuarij dabis?* Dies incertus, *cum moriar, dabis?* Atqui hic nunc etiam dicendum, quid sit cedere diem, venire diem? Cedere igitur dies dicitur, quando incipit res deberi. Venisse verò dies dicitur, quando non modo debetur, sed verè etiam peti potest. *l. cedere diem 213. D. de verb. signific.* Nunc de conditione. Conditio modus quidam est stipulationis & promissionis, siue cõtractus; nempè, si aliquid erit, aut non erit, vt tunc soluatur. Ea in præsens, præteritum & futurum concipitur. *Si Cæsar viuit; si Cicero fuit Consul: si nauis ex Asia venerit.* Possibilis est: *Si eris Consul.* Impossibilis: *Si cœlum digito tetigeris*, Turpis: *Si patrem occideris*, & ista, vt vides, affirmatiuè dicuntur. Negatiuè concipiuntur: *Si non occideris patrem.* Arbitraria est conditio, quæ est in arbitrio & potestate hominis: *Si in capitolium ascenderis.* Fortuita est, quæ est merè casualis, non in potestate nostra, sed pendet ex casu, *si nauis venerit.* Sed nunc videamus de vsu & effectu rei, qui consistit in eo, quando res verè debeatur, quando peti possit, siue quando cuiusq; debiti & obligationis dies cesserit & venerit vel non? Igitur imprimis cum stipulatio aut obligatio pura est, confestim id peti & exigi potest, & statim eius dies cessit & venit. Ita hic & *in l. eum qui Calendis 41. D. eod. & d. l. cedere diẽ 213. D. de verb. sig. item in l. in omnib. 84. D. de reg. iur.* In omnibus obligationibus; inquit, in quibus dies non apponitur, præsenti die debetur. Sed tamen ciuiliter hoc intelligatur, vt id tempus semper intelligatur datum, quod natura inest, videlicet quo possit fieri traditio & solutio. Et de hoc monuit Imperator *in § fi. infra tit. 20.* Sed & humanitatis gratia aliquod tempus fere semper indulgeri solet. Et Paulus, *tit. de solutionib. l. quod dicimus*, inquit: *Quod dicimus heredem debere statim soluere cum aliquo tempera-*

temperamento intelligendum est. Nec enim cum Sacco adire debet. Et huc pertinet illud Papiniani: *Aliud est*, inquit, *diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgere solutionis, &c. l. si cum militi D. de compensationib.* Porrò hoc tempus quantum esse debeat, non facilè perpetua lege statui potest, sed ex natura negotii pro æquitate statuendum est. Vide *gloss. final. in §. finali. infra tit. 20. de inutilib. stipulationib.* Accursius hic notauit de consuetudine ferè dari decẽ dies *ex l. 21. D. de constituta pecunia.* Sat è in quibusdam negotiis tempus quoddam expressum est, vt in constituto 10. dierum *l. 21. §. 2. D. de const. pecun.* in re iudicata quatuor mẽsium, *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Iure Saxonico sesquimensium, de quo alibi dixi. In restitutione dotis vnius anni. *C. de rei vxor. act. l. vnica. §. cum ante.* In debitis hereditariis, &c. nouem dierum à morte. *Nouell 115. c. 5. ad finem.* Iure Saxonico 30. dierum. *artic. 22. lib. 1.* Landtrecht. Sic & in Iure Pontificio dicitur, sponsam factam non statim, sed post duos demum menses tradi oportere. *cap. institutum 21. q. 2. & ibidem glossa.* Et hæc de primo membro. Cum dies adiectus erit solutioni, puta, *solues ad proximas Cal. Martii*, sic se res habet; vt dicamus cessisse quidem statim diem, sed nondum tamen venisse, id est, debetur id statim, sed peti tamen priusquàm dies lapsus est non potest. *d. l. cedere diem 213. d. l. eum qui Calendis, 141. itẽ l. si stipulatio ista. l. liber homo. §. decem. l. qui hoc anno 42. D. eod.* Aut sanè si petatur, dabitur exceptio contra eum, qui præmaturè agit, vt infra alio loco. Et hic illud obseruandum, cum dies aut tempus solutioni adiectum est, totum eum diem, & omnes eiusdem horas in Rei & Debitoris potestate esse, vt non dicatur esse in mora, si saltem vltimo eius anni, eius Mensis die, vltima eius diei hora soluerit & dederit. Pro Reo enim & pro Promissore non pro stipulatore est temporis adiectio *dd. legib & infra hoc titulo. item tit. 20. §. pen.* Hoc etiam obserua; cum quis ita stipulatur, *Solues Calendis Maij*, nõ esse inutilem stipulationem, sed intelligi hoc debet de Calendis Maii proximis. *d. l. eum qui Calendis* Notat etiã ibi Accurs. cum quis promittit se soluturũ siue daturum his diebus, id intelligi ferè de duobus diebus, argumento *l. inter illam. D. de verbor. signific.* vbi sic scribit Iurisconsultus: *Ita data conditione illud facito in diebus, si nihil præterea fuisset adiectum, in biduo conditionem impleri oportet.* Porrò inest etiam dies tacitè ex natura rei, puta loci, *vt infra eod. § loca.* Deinceps, quod ad conditionem attinet, si vera erit conditio, quæ saltem est de futuro contingenti, dicemus ante euentum conditionis, neque cessisse neq; venisse diem, sed solummodo esse spem debitũ iri, quæ tamen spes ad heredem etiam transmittitur. Ita infra *§. sub conditione.* vbi veram conditionem definit. *Item § ex conditionali. & d. l. cedere diem. de verb. sign.* Igitur breuiter, cum pura stipulatio est, statim dies & cessit & venit; cum diem habet, cessit dies, sed non venit; cum conditionem habet, nec dies cessit, nec venit. Ergò in iis, quæ diem habent, si quid errore ante diem soluisti, non repetes, vt indebitum. Si sub conditione debitor es, & ante cõditionis euentum dedisti siue soluisti, repetere potes, tanquam indebitum solutum. *l. in diem. l. sub conditione. cum duabus seqq. D. de condict. indebiti.* Ex his igitur & hoc obserua; iure nostro, quod debetur ante tempus exigere non licere; ante tempus tamen solui posse, & valere solutum. Et bis dat qui citò dat. Progredimur nunc in textu, &c.

§. 5. At si ita stipuleris, &c.

Dixi de illa stipulatione: *Decimo Calendis Martij dare spondes?* Quæritur nunc de hac: *Decem aureos annuos, quoad viuã, dare spondes. ex l. 56. §. 4. D. eod. tit.* Est & alia stipulatio, *decem aureos annuos, &c.* de qua *in l. si Stichum 16. §. 2. D. nostro tit.* Sed nunc prius de hac nostra. Ait Imperator, eam stipulationem puram esse, item, perpetuam. Ergò iuxta

iuxta ea, quæ dicta sunt, statim peti poterit; idque perpetuo, id est, singulis annis perpetuò. Vtrumque tamen videtur falsum. Nam apparet diem inesse, ad quem vsque solutio etiam facienda sit. Sanè pura est, quod non vsque ad certum aliquem diem distrahatur obligatio, vt: *illa solues post annum siue hoc anno*. Et ideò Iurisconsultus scribit, confestim rectè decem peti posse. *in d. l. 56.* Perpetua autem etiam est, quod non semel tantùm illa decem petantur, sed perpetuò. Sed dices; dicitur, *quo ad viuam.* Tempus, ait Iurisconsultus, obligationem inducere aut tollere non potest. *l. obligationum 44. D. de obligationib.* Attamen mortuo stipulatore, heredes eius petitionis exceptione submouebuntur. Hoc enim faciunt illa verba, *quo ad viuam.* Quibus tacitè id actũ videtur, & ideo exceptione facti remouebuntur. Si sic dictum sit: *Decem aureos annuos dabis?* verè & efficaciter obligatio est perpetua. Et qui stipulatur, etiam heredi suo velle prospicere intelligitur. *l. si pactum 9. D. de probationib.* Porrò aliæ sunt stipulationes in annum vnum, & annos decẽ. Nam eæ sunt in diem, & ideo nouissimus dies expectatur. *l. qui hoc anno. D. eodem. l. si in annos. D. de condit. & demonstr.*

§. 6. Si quis ita, &c.

Hæc conditio quodammodo arbitraria est. Possum enim ascendere, vel non ascendere in Capitolium, nempè, voti exsoluendi aut sacrificandi causa. Sed negatiuę ea conditio concepta, vt hic: *Si in capitolium non ascendero*, similis est; saltem tamen, quo ad ius petendi stipulationi illi, quæ diem habet incertum, vt, *cum moriar, dabis.* Potest enim id vel vltimo tempore vitę meæ adimpleri, & quamdiu viuo, nondum est certum me non ascensurum esse, nec quicquam peti potest. Et ita placuit Papiniano *in l. 115. §. sed & si ita. D. eod.* Simile exemplum est, *Si vxorem non duxero: Si Virgilium non legero.* Sanè illa tamen stipulatio, *cum moriar,* conditionalis non est, sed diẽ habet, eumq; incertum, etsi certò exiturum; & proinde hic cessit dies, sed non venit. In vtraque tamen stipulatione peti non potest, nisi post mortem. *l. nam si. D. de cond. indeb.* Est & alia stipulatio post mortem, pridie mortis. Sed de his sequitur alio titulo, vbi videbimus.

§. 7. Ex conditionali, &c.

Ait, spem cõditionalis stipulationis ad heredem etiã transmitti; nimirũ, si stipulator mortuus sit, anteq̃ existat conditio, existat tamen post mortem: tunc enim heredi acquisitum est ius obligationis. Vide hic & *l. 57. D. eod.* nimirum, qui stipulatur, qui paciscitur, heredibus etiam prospicere vult. *l. si pactum 9. D. de probationib.* Et potest obligatio ab heredibus & contra heredes incipere, hoc est, vt actio ab heredibus & contra heredes incipiat. Illud opponit hic Accursius, quod legatarius conditionalis legati spem ad heredem non transmittit, *vt in l. 41. D. de obligationib. & C. de caducis tollendis. §. sin autem.* & quærit causam diuersitatis. Benè dicit in stipulationibus interuenire factum, id est, contractum stipulantis, qui voluit etiam suis heredibus prospicere, quod non est etiam in legatario, quem testator sibi elegit *l. 9. D. pro socio.*

§. 8. Loca etiam inseri, &c.

Docuit, stipulationibus & promissionibus diem etiam & conditionem addi, & id quidem variè. Quo casu alia atque alia est obligationis natura. Dies & conditio morantur petitionem; imò, conditio etiam obligationem. Conditio tamen, quæ omninò exitura est, non differt à die certa; nempè vna & eadem stipulatio est: si morieris, cum morieris. *l. 16. cum duab. seqq. D de condit. indebiti.* Conditio negatiua præsertim arbitraria respondet stipulationi, quæ concipitur ad tempus mortis. Nunc scribit loca etiam stipulationibus inseri solere. Quo casu etsi pura est stipulatio, tacitè tamen

inest dies. Et Paulus & Vlpianus Iurisconsulti ostendunt & diē & obligationem tacitè etiam inesse, vt si dicam: *Centum dabis Francofurti; fructum fundi huius dabis*: tacitè inest dies: *Cum Francofurtum venero, vel venire potero*: tacitè rursum inest conditio: *Si fructus nascantur.* Vide *l. interdum l. eum qui Calendis. D. nostro tit. l. 2. §. 4. D. de eo quod certo loco promissum est. l. 1. D. de condit. & demonstr.* Sed si quis sic stipuletur Witembergæ: *Hodie Francofurti dabis 100.* ait Iustinianus, inutilem esse stipulationem propter impossibilem repromissionem. Ergò nota, cum de re impossibili promittitur, nihil id valere. *dict. l. 2. D. de eo quod certo loco, &c. l. 140. § si inter. D. nostro tit.* Et huc pertinet regula: *Impossibilium nulla est obligatio.* Et, *nemo potest ad impossibile obligari. l impossibilium. & cap. nemo potest. de regulis iur.* De impossibili cōditione infra alio loco pluribus dicemus, vbi etiam de promissis turpibus. Agitatur hic & alia quæstio, nempè, quid si de tempore sit contentio, quia de hoc agatur, quando Francofurti esse debueris & potueris? Respondeo. Videndum est, quid sit actum, & deinceps, quanto tempore eò venire potuisses, arbitrio boni viri dissoluendum. Vide de hoc *in l. continuus §. cum ita. & § sequenti. D. nostro tit.*

§ 9. Conditiones quæ, &c.

Nunc de conditionibus temporis præsentis & præteriti. Nam vera conditio est de futuro. Et omninò illud tenendum est, qualitates, modos ac conditiones rerum esse, quod quædam fiant siue eueniant necessariò; quædam contingenter; & quædam fortuitò siue casu; quædam etiam sint impossibilia.

Iam necessaria & impossibilia conditioni non conueniunt, siue conditionem non patiuntur; cætera patiuntur, iuxta dictum: *De futuris contingentibus non est determinata veritas* Et nunc, ꝙ ad locum hunc nostrum attinet, præterita quoque & præsentia sunt necessaria quatenus sunt. Ergò conditioni non conueniunt, nec huiusmodi cōditiones differunt obligationē. Verùm si ita dictum sit: *Si Cicero Consul fuit; Si Maximilianus II. viuit; si ita sunt, vel si ita res se habent; quod si aliter*: statim omnia infirmantur, & non fit suspensio ex conditione, vt cum dico: *Si nauis venerit.* Idem dicendum, si dicam hoc modo: *Si mundus interiturus est, dabis; si mare ebiberis, dabo*; Sic & si ita dixero: *Si mare non ebiberis*; non est vera conditio, quæ suspendat negotium. Nam cuius affirmatio impossibilis est, eius negatio necessaria est. glos *in l 7. D. eod. tit.* Scribitur igitur hic ad finem: *Quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* Sed obiicit hic Accursius *ex lege 18. §. vlt. D. de iudiciis.* Per rerum naturam omnia esse certa, etiam futura. Ergò sequeretur futura contingentia non morari obligationem. Quod falsum esse vidimus supra. Et facilis est solutio ex distinctione terminorum. In maiori propositione, cum dicitur, *quæ per rerū naturam certa sunt, non differunt*, per rerum naturam intelligatur de rei præsentis veritate. In minori, cum dicitur, *Per rerum naturam omnia esse certa*, accipiatur id, per rerum naturam, de diuina scientia, & sic apud eum siue in oculis Dei omnia esse certa. Quod verum est, ex illo ad Hæbreos 4. *Omnia nuda & aperta sunt oculis Dei.*

Interim tamen contingentia Deus præscit & præordinat, vt contingentia; necessaria, vt necessaria. Nec ipsius scientia, præscientia aut prædestinatio tollit rei naturam. Et falsum est illud Stoicum: *Omnia fieri necessariò.* Et rursus, quod supra diximus de futuris contingentibus, non est determinata veritas, intelligitur quò ad nos. Pulchrè notauit hic D. Iacobus Cuiacius: *Futura ne vnus quidem scit; quamuis ea prudentes viri prauideant sæpè. Aliud enim est scire, aliud prauidere*, vide *capit. 1. 26. quæst. 5.* Sed tota hæc consideratio extra Christianæ pietatis exercitia,

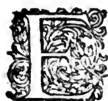
exercitia, nihil nisi vanam ostentationem habet, & Labyrinthum inextricabilem.

§. 11. Non solum res, &c.

Quæ ad hunc §. pertinent, ea tractabimus in initio in prima & secunda diuision. stipulationum. Quod autem de clausula hîc scribit, notandum est, eam clausulam hodie rectè adhiberi, in fœderibus, in transactionibus, & eius generis multis aliis stipulationibus.

DE DVOBVS REIS STIPVlandi & promittendi.

TITVLVS XVII.



ET stipulandi & promittendi duo pluresue rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, *Spondeo:* vtputà cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *Vtrique vestrum dare spondeo.* Nam si priùs Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.

§. 2. Duo pluresue rei promittendi ita fiunt: *Maui, decem aureos dare spondes? &, Sei, eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim, *Spondeo.*

§. 3. Ex huiusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In vtraque tamen obligatione vna res vertitur, & vel alter debitum accipiendo, vel alter soluendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

§. 4. Ex duobus reis promittendi alius purè, alius in diem, vel sub conditione obligari potest, nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus est petatur.

COMMENTARII.

AVt vnus ab vno stipulatur, vnusque vni promittit; aut duo pluresue stipulãtur, vel promittũt. Vnus ab vno, veluti, *Titi promittis decem?* Sic & si Titius promittat, vnus vni stipulanti promittit. De pluribus exemplum: Duo stipulantur, veluti Caius & Mæuius, idque non modò à diuersis, sed etiam ab eodem. Sic & duo promittunt, Titius & Seius, non solum duobus, sed etiam vni & eidem, nempè dicit Caius: *Titi, promittis centũ? Promitto.* Post Mæuius: *Titi, promittis equum? vt etiam promittis mihi centum? Promitto.* Ita & in duobus promissoribus: *Titi promittis centum? Sei promittis tu quoq; centũ?* Vterq; ait: *Promitto.* Et accidũt hæc aliter atq; aliter multis modis. Quid autem in his omnibus stipulationibus? Nempè nihil singulare, sed is effectus est omniũ, qui iam ante generaliter expositus est, vt nihil opus sit aliquid noui iterũ de his proponere. Sed scias, quod si duo rei stipulandi, vel duo rei promittẽdi fiant, aliud tamen adhuc esse, & habere eam

eam rem singularem quendam effectum, vt meritò de hoc agendum sit separatim. Itaque & *in Pandect. & C. de duobus reis, &c.* titulus est. Nunc igitur primum videndum, qui dicantur duo rei stipulandi, vel promittendi? Pòst, quis sit huius rei effectus in Iure? Et in his conspicietur vsus huius tituli. Et primùm de nomine. *Reos* hic dicimus, *quorum de re agitur & disceptatur.* & sic dicimus Reos stipulandi, reos promittēdi. *vt D. eod. tit.* quemadmodum & reos debendi, reos credendi dicimus. *l. si duo 34. D. de receptis arbitr.* Sunt autem *duo Rei stipulandi, cum duo siue cum plures vnam eandemq́ rem stipulantur*, puta, cū Caius & Mæuius fortè fratres à Titio stipulantur centū, quæ fortassis simul mutuo dederunt; nempè dicit Caius: *Titi 100. dare spondes?* & post Mæuius: *Titi mihi quoque eadem 100. dare spondes?* Iam subiicit ille: *Spondeo*, siue, *vtrique vestrum dare spondeo.* Sic prorsus: *Duo Rei promittendi sunt, cum duo vnam & eandem rem promittunt*, puta, Sempronius à Titio & Seio stipulatur centum, quæ mutuo illis coniunctim dedit: *Titi promittis 100? Promitto. Seii eadem 100. promittis? Promitto.* Et omninò diligenter obseruandum & animaduertendum est (nempè ex verbis & formis ipsis loquendi, quæ sunt animi & sententiæ index) an sint, vel fiant duo Rei stipulandi & promittendi? Quid enim si duo stipulentur centum, aut duo promittant centum, & tamen non intelligantur ea de iisdem? Et de hoc habes casus etiam in hoc textu & infra *de inutilib. stipulat. §. planè solutio. cum aliquot seqq.* & vide de hac re & coniectura *l. 1. 2. 3. 4. 8. 11. & 15. D. eod. tit.*

Sed iam de effectu. Cum igitur duo Rei stipulandi sunt, duoue Rei promittendi, efficitur id, q̄ ibi vterque æquè & in solidum creditor sit, hîc quoque vterque æquè & in solidum debitor. Quamobrem (quo casu centum in stipulationem deducta sunt) priori casu Caius & Mæuius singuli 100. petunt, non 50. Posteriori casu, Titius & Seius singuli centum debent, & non 50. nec tamen 200. debentur, sed solummodo 100. Vnde rursus efficitur, vt si vnus creditorum 100. acceperit, siue vnus debitorum 100. soluerit, vel dederit, dissoluta sit hæc omnis obligatio. Hic igitur est ille locus de duobus reis stipulandi & promittendi, de quibus vide *in dict. tit. D. in tit. 1. 3. 4. 8. & 11. imo per totum. & l. 2. Cod. eod. tit.* Sed nunc interpretes post Accursium ex Auth. *hoc ita. Cod. eod. tit.* quæ desumpta est ex *Nouell. 99.* obiiciunt mutationem Iuris. Dicunt: hodiè duos reos promittendi stipulandiue non aliter fieri, quàm si id expressim dictum sit, nec aliter hoc duos reos promittendi in solidum obligari, quàm si alter absit aut soluendo non sit. (hæc natura est in fideiussione, vt infra suo loco videbimus) Sed de hoc sciendum; equidem illud verum est, non temerè quælibet verba efficere debere duos Reos stipulandi & promittendi; & monuimus supra, diligenter esse aspicienda verba contractus, vt constare possit, quid sit actum; sed tamen quomodocunque intelligi possit, eum, qui promisit duobus, non vtrique coniunctim, sed singulis promittere siue promisisse. Verbi gratia: Certum erat, duos Reos promittendi esse, de quo *in supra dictis legib. nostri tit. D.* Ecce hic docetur, si primum Titius dicat: *Mæui 10. aureos dari spondes?* & respondeat ille, *spondeo*; deinde Sempronius dicat: *Mæui mihi etiam 10. dare spondes?* & respondeat, *spondeo*, non necessum esse, duos reos stipulandi esse. Sic si dicatur à Titio: *Promittis mihi & Sempronio 10. vel etiam singulis 10.* non erunt duo Rei stipulandi, nec statim duo Rei promittendi erunt; etsi dictum sit: *Mæui 10. aureos dare spondes? & Caio 10. dare spondes?* & subiiciam nunc, *Spondeo.* Sed oportere hoc nominatim exprimi, vt sint duo Rei nō docetur, nec conuenit rei. Et quid si sic dicatur: *Eidem, siue eisdem, dare spondes?* nonne satis constabit de duobus Reis? Iam, quod ad alterum locum attinet, cum duo pluresue fideiusso-

fideiuſſores ſunt, ſinguli in ſolidum tenebantur; quemadmodum hic dicitur de duobus reis promittendi. Sed beneficio D. Adriani conceſſa eſt iis diuiſio, vt non niſi in viriles partes condemnentur, vt infra *de fideiuſſ.* audietis. Verùm à fideiuſſoribus ad duos Reos promittendi transferri non oportet, & ſunt duo Rei promittendi magis per ſe principales debitores. Sed non hoc dico. Verum *ex d. Nou. 99.* aiunt, hunc locum eatenus emendatum eſſe. At is textus duorum Reorum ſtipulandi & promittendi non meminit, ſed loquitur de fideiuſſoribus quibusdam. Malè igitur inſcribitur titul. Nouellæ, De duobus reis promittendi, &c. Malè etiam appoſita eſt prædicta Authentica noſtro tit. Codicis. Malè inde colligitur mutatio Iuris in hoc tit. quæ mutatio non temerè admittenda eſt. Sed quid igitur titulus? Sic habet περὶ ἀλληλεγγύων: Et magna eſt quæſtio, quinam ſint ἀλληλέγγυοι? Haloander vertit, *De duobus Reis promittendi, qui mutua vice fideiuſſores accepti ſunt.* ſed & hoc aliis non placet. Alii putant eſſe, qui duobus modis fideiuſſores ſunt, vt Balduinus, Achilleus. Alius (Velchungerus) vertit. De fideiuſſoribus, qui pro ſe inuicem fideiubent, vide *l. 8. §. vlt. D. de fideiuſſ.* Et ſic emendat illa Nouella non hanc noſtram ſententiam, ſed ſaltem *l. reos 11. D. noſtro tit.* Et hæc pro ſua ſagacitate ingenioſè obſeruauit Iacobus Cuiacius. Sed quid tamen in his omnibus accidit? Nempè opinio vim facit veritati. Et Iure Saxonico ita eſt, vt duo rei promittendi in ſolidum ipſo Iure non teneantur; vide *lib. 3.* Landrecht, *art. 85.* Itaq; hic reuera inter Ius Saxonicum & Ius noſtrum differẽtia eſt, quæ tamen non notatur, nempè ex malo intellectu textus.

§. 4. Ex duobus reis, &c.

Deſumptum eſt ex *l. 7. D. eod.* vbi vide. Et habes hic differentiam inter fideiuſſores & duos reos promittendi; vide *l. 8. §. illud. D. de fideiuſſ.*

DE STIPVLATIONE SERVORVM.

TITVLVS XVIII.



SEruus ex perſona domini ius ſtipulandi habet. Sed & hereditas in pleriſq; perſonæ defuncti vicem ſuſtinet: ideoque quod ſeruus hereditarius ante aditam hereditatem ſtipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi poſtea facto acquiritur.

§. 2. Siue autem domino, ſiue ſibi, ſiue conſeruo ſuo, ſiue imperſonaliter ſeruus ſtipuletur, domino acquirit.

§. 3. Idem iuris eſt & in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, ex quibus cauſis acquirere poſſunt.

§. 4. Sed quùm factum in ſtipulatione continebitur, omnimodò perſona ſtipulantis continetur; veluti, ſi ſeruus ſtipuletur, vt ſibi ire, agere liceat. Ipſe enim tantùm prohiberi non debet, non etiam dominus eius.

§. 5. Seruus communis ſtipulando vnicuique dominorum pro portione domi-

dominii acquirit, nisi iussu vnius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli acquiritur.

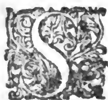
§. 6. Quod seruus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur; veluti, si res, quam dari stipulatus est, vnius domini sit.

COMMENTARII.

HIc locus pertinet ad personas, qui stipulari possint vel non. Et ostenditur posse stipulari, siue quis sui sit iuris, siue alieno iuri subiectus, quales sunt filiifamilias & serui. Quibus autem ii stipulando acquirant quæritur? Atque de hoc satis constat ex generali *tit. 9. lib. 2.* Vbi textus inter cætera meminit etiam stipulationis; & hæc eadem infra etiam aliquoties repetuntur; vide *D. eodem titulo.*

DE DIVISIONE STIPVLATIONVM.

TITVLVS XIX.



STipulationum aliæ sunt Iudiciales, aliæ Prætoriæ, aliæ Conuentionales, aliæ Communes, tàm Prætoriæ, quàm Iudiciales.

§. 2. Iudiciales sunt duntaxat, quæ à mero Iudicis officio proficiscuntur; veluti de dolo cautio, vel de persequendo seruo, qui in fuga est, restituendove pretio.

§. 3. Prætoriæ sunt, quæ à mero Prætoris officio proficiscuntur; veluti, damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, vt in his etiam contineantur Ædilitiæ: nam & hæ à iurisdictione Prætoris veniunt.

§. 4. Conuentionales sunt, quæ ex conuentione vtriusq; partis concipiuntur, hoc est, neque iussu Iudicis, neq; iussu Prætoris, sed ex conuentione contrahentium, quarum totidem genera sunt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum.

§. 5. Communes sunt; veluti rem saluam fori pupillo (nam & Prætor iubet rem saluam fore pupillo, caueri, & interdum Iudex, si aliter hæc res expediri non potest) vel de rato stipulatio.

COMMENTARII.

DEsumptus est hic tit. *ex l. stipulationum aliæ 5. D. de verb. oblig.* vbi Pomponius diuisionem quandam stipulationum à causa efficiente proponit. In qua tamen vsus Iuris est, vt intelligas & scias amplius adhuc, quàm variè & multipliciter stipulationes ad cauendum

tendum (nam de ipso hoc genere supra dictũ est, in initio ex Iulio Paulo) interponantur. Sed tamen magnam difficultatem nobis obiiciunt alia nonnulla, & maximè *tit. D. de Pratoriis stipulat.* vbi rursus adhuc extat stipulationum diuisio, cum hac fortè non bene conueniens. Deinde & definitiones harũ specierum præsentium obscuræ sunt, vt cum dicitur de mero officio Prætoris, Iudicis, &c. Ecce hoc loco sic dicitur: *Stipulationum alia sunt Iudiciales, alia Pratoria, alia Communes, alia denique Conuentionales.* In Pandectis *tit. de Pratoriis stipul.* sic scribitur: *Pratoriarum stipulationum tres videntur esse species, Iudiciales, Cautionales & Communes.* Et postea in eod. loco scribitur: *Omnes stipulationes natura sui Cautionales sunt.* Quomodo quod genus idem species erit eiusdem, & econtra. Sed rem adhuc magis obscurarunt mali Interpretes. Dicemus igitur breuiter de re ipsa absque præiudicio. Sic est: *Omnes stipulationes firmandarum obligationum gratia, & vt quis cautior & securior sit, interponuntur.* supra in initio ex Iulio Paulo, *& d. l. 1. §. 2. D. de pratoriis stipulat.* Interea tamen aliæ atque aliæ, aliis modis, & aliis ex causis adhibentur, quædam ex Reorum voluntate, quædam ex Prætoriis, quædam ex Iudicis, quædam etiam ex vtriusque tàm Prætoris, quàm Iudicis auctoritate. Et hæc de causa efficiente secundum titul. nostrum. Iam, quod ad alterum titulum Pandectarum, Prætorias stipulationes credendum est subdiuidi ex causa finali, nempè, quòd alii stipulationes Iudicii confirmandi ratumque habendi causa interponuntur; aliæ alias ad cauendum pertinent, &c. Atque de talibus Iudicialibus fortè infra *lib. 4. titul. de satisdat.*

Nunc ad nostra hæc; & videamus definitiones vnà cum exemplis. Exponam autem exempla quorum præcipuus vsus est. Et vt res intelligatur, aspiciendus erit diligenter textus, conferenda singula membra, & inspiciendus vsus Iudiciorum. *Iudiciales stipulationes*, inquit, *sunt, qua à mero officio Iudicis proficiscuntur.* Iam cõfert Prætorias; *Eas ait à mero Pratoris officio proficisci.* His interponuntur *Communes, qua non ita à mero vel huius vel illius officio, sed modò Iudicis, modò Pratoris officio interponuntur.* Conuentionales facilè notæ sunt. Vides, quid oporteat exponere? Iudex igitur hic accipietur, & Iudex priuatus, qui dicuntur Iudices dati & speciales; & sunt qui iudicant in causa, cum plerumque Prætor non iudicaret, qui tamen potestatem & imperium habebat. Itaque Prætor aditus pro imperio & officio suo (quod hodiè vocant nobile) iubet cauere; ille verò Iudex pro ratione saltem sui muneris & Iurisdictionis officio mercenario, vt vocant, vide *l. iubere cauere. D. de iurisdict.* & ibi Antonium Goueanum. Sed exemplis deinceps res erit illustrior.

Primò iudicialem stipulationem ait esse; veluti cautionem de dolo. Et hæc quidem cautio in multis causis & iudiciis adhiberi solet. Verbi gratia: Dato nunc acceptoque iudicio, & Iudice causæ à prætore, si petat Actor in rem, qui rem petit à Reo, caueri sibi de dolo malo, id est, quod possessor interea nihil committat dolo malo, iussu ipsius Iudicis, qui datus est, vt de causa cognoscat, cogetur Reus promittere, veluti: *Spondes ab ea re, de qua agitur, dolum malum absuturum? Spondeo.* Cætera de seruo vide hic apud Theophilum, & vide etiam Hottomannum.

Nunc ad stipulationes prætorias, quarum duo proponit exempla: Damni infecti, & Legatorum. De primo. Cum ædes tuæ ruinosæ essent, damnumque iam mihi vel ædibus meis ex ruina minitarentur, actionem ex eo aduersus te non propono, nec iudicium à Prætore peto, sed euoco te ad Prætorem, à quo postulem, vt mihi repromittas te resarciturum, si quod damnum ex ædibus tuis mihi acciderit. Verbi gratia: *Quod damnum ab his tuis adibus mihi acciderit, prastare spondes? Spondeo. D. de damno infecto.* Eodem modo (vt nunc de alte-

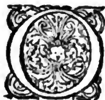
altero exemplo dicam) apud Prætorem postulare solebant, vt heres, à quo legatum fortè datum esset sub conditione, vel ex die, caueat legatario, se adueniente conditione vel die legatum id præstiturum, dolumque malum abfuturum, *D. vt legatorum nomine caueatur.* Vides sanè, non in Iudicio neque apud Iudicem, iudicantem de causa, in quam hæc controuersia incidat; sed extra iudicium prætorem, non iudicantem ex officio & iussu eius pro imperio iubentis interponi stipulationem; & ita facilè animaduertis, quomodo discernantur prætoriæ illæ stipulationes à iudicialibus; & ex quibus deinceps etiam commodè iudicare potest de communibus. Hic verò adfert exēplum stipulationis, rem pupilli saluam fore. Atque quod ad hanc attinet, communiter antequam tutores curatoresve ad administrationem rerum pupillarium admittantur, iubet Prætor pro ea potestate, & pro Imperio suo cauere, rem pupilli saluam fore; veluti: *Rem pupilli saluam fore promittis? Promitto*, licet tamen non omnes tutores id promittere cogantur, de quo *lib. 1.* Nonnunquam etiam apud Iudicem & ex nuda illa Iurisdictione Iudicis hæc stipulatio interponitur; veluti: si tutor conueniat debitorem aliquem pupillarem, iudicioque iam accepto eò rem perduxerit, vt soluere debitor debeat, potest debitoris solutionem offerendo petere à Iudice, vt iubeat tutorem repromittere rem pupilli saluam fore, puta: *Rem pupillo igitur saluam fore mihi promittis? Promitto.* Vide *D. rem pupilli saluam fore.* De eodem capite proponit etiam exemplum stipulationis de rato, puta: *Rem ratam dominum habiturum promittis?* quod tamen exemplum Cuiacius in nonnullis abesse scribit. Vide de hoc infra *lib. 4. tit. de satisdat. item D. rem ratam haberi, & l. vulgò. D. de administratione tutor.*

Sequuntur nunc stipulationes Conuentionales, quæ passim in omnibus negotiis, in mutuo, deposito, pignore, emptione, venditione, locatione & similibus arbitrio cōtrahentium interponuntur, de quibus hactenus ab initio; vide *l. Iurisgentium 7. §. quod ferè. D. de pactis.*

℣. Contineantur ædilitiæ, &c.] Ædiles etiam sic adeuntur, & pro suo Imperio cauere iubent, nempè de rebus ad ipsos pertinentibus, videlicet, ne res vitiosæ aut morbosæ pro sanis væneant; de quo *D. de ædil. edict.* Ergo venditor vocatus ad ædilem iubetur cauere rem vitiosam non esse; veluti: *Rem eam vitiosam non esse promittis? Promitto,* Vide *l. si venditor. D. d. tit. de ædil. edict. l. ex empto. §. animalium. D. de act. empt.*

DE INVTILIBVS STIPVLATIONIBVS.

TITVLVS XX.



Omnis res, quæ dominio nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest, siue illa mobilis sit, siue soli. At si quis rem, quę in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit; veluti, Stichum qui mortuus sit, quem viuere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

§. 2. Idem iuris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani iuris esse crede-

credebat, vel [rem] publicam, quæ vsibus populi perpetuò exposita sit, vt forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem seruum esse credebat, vel cuius [rei] commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in priuatam deduci, & ex libero seruus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest, & res sua stipulatoris esse desinere potest; sed protinus inutilis est.

§. 3. Item contrà, licet initio vtiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus suprà dictum est, sine facto promissoris deuenerit, extinguitur stipulatio. Ac nec statim ab initio talis stipulatio valebit, *Lucium Titium, cùm seruus erit, dare spondes?* & similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

§ 4. Si quis alium daturum, facturumve quid promiserit, non obligabitur; veluti, si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quòd si effecturum se, vt Titius daret, spoponderit, obligatur.

§. 5. Si quis alii quàm ei, cuius iuri subiectus sit stipuletur, nihil agit.

§. 6. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest; veluti, si quis ita stipuletur, *Mihi aut Seio dare spondes?* vt obligatio quidem stipulatori acquiratur, solui tamen Seio, etiam inuito eo, rectè possit, vt liberatio ipso iure contingat, sed ille aduersus Seium habeat mandati actionem.

§. 7. Quòd si quis sibi, & alii, cuius iuri subiectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed vtrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit non plus quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui iuri tuo subiectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti & filii vox tanquam tua intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.

§. 8. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, nõ respondeat; veluti, si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contrà: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contrà: si modò scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione, vel in diem stipulanti, tu respondeas, *præsenti die spondeo.* Nam si hoc solùm respondeas, *Promitto:* breuiter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

§. 9. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo iuri subiectus est, vel si is à te stipuletur. Sed seruus quidem non solùm domino suo obligari non

poteſt, ſed ne quidem vlli alii, filii verò familiarum aliis obligari poſſunt.

§. 10. Mutum neque ſtipulari, neque promittere poſſe, palàm eſt, quod & in ſurdo receptum eſt, quia & is, qui ſtipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba ſtipulantis audire debet; vnde apparet, non de eo nos loqui, qui tardiùs exaudit, ſed de eo, qui omninò non audit.

§. 11. Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quia non intelligit quod agit.

§. 12. Pupillus omne negotium rectè gerit, ita tamen, vt vbi tutoris auctoritas neceſſaria ſit, adhibeatur tutor; veluti, ſi ipſe obligetur: nam alium ſibi obligare etiam ſine tutoris auctoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, vtique de iis verum eſt, qui iam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant, quia huiusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ, propter vtilitatem eorum, benignior iuris interpretatio facta eſt, vt idem iuris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in poteſtate parentis eſt impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

§. 13. Si impoſſibilis conditio obligationibus adiiciatur, nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quo minus exiſtat; veluti, ſi quis ita dixerit: *Si digito cælum attigero, dare ſpondes?* At ſi ita ſtipuletur: *Si digito cælum non attigero, dare ſpondes?* purè facta obligatio intelligitur, ideoque ſtatim peti poteſt.

§. 14. Item verborum obligatio inter abſentes cõcepta inutilis eſt. Sed cùm hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, fortè poſt tempus tales allegationes opponentibus, & non præſentes fuiſſe, vel ſe vel aduerſarios ſuos contendentibus; ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes Aduocatos ſcripſimus, per quam diſpoſuimus tales ſcripturas, quæ præſtò eſſe partes indicant, omninò eſſe credendas, niſi is, qui talibus vtitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos approbauerit, toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum, ſeſe, vel aduerſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.

§. 15. Poſt mortem ſuam dari ſibi nemo ſtipulari poterat, non magis quàm poſt eius mortem, à quo ſtipulabatur. Ac nec is, qui in alicuius poteſtate eſt, poſt mortẽ eius ſtipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videretur.

§. 16. Sed & ſi quis ita ſtipuletur: *Pridie quàm moriar:* vel, *Pridie quàm morieris, dare ſpondes?* inutilis erat ſtipulatio. Sed cùm (vt iam dictum eſt) ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum

culum necessariam inducere emendationem, vt siue post mortem, siue pridie quàm moriatur stipulator, siue promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.

§.17. Item si quis ita stipulatus erat: *Si nauis [cras] ex Asia venerit, hodiè dare spondes?* inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est. Sed quùm Leo inclytæ recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse reiiciendam existimauerit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, vt non solùm in dotibus, sed etiam in omnibus valeat huiusmodi conceptio stipulationis.

§.18. Ita autem stipulatio concepta; veluti, si Titius dicat, *Cùm moriar, dare spondes?* vel, *Cùm morieris,* & apud veteres vtilis erat, & nunc valet. Item post mortem alterius rectè stipulamur. Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.

§.19. Quoties plures res vna stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat, *Dare spondeo*, propter omnes tenetur. Si verò vnam ex his vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus vna, vel quædam videntur esse perfectæ. Singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

§.20. Alteri stipulari (vt suprà dictum est) nemo potest. Inuentæ enim sunt huiusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, vt vnusquisq; acquirat sibi quod sua interest, cæterùm si alii detur, nihil interest stipulatoris.

§.21. Planè si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conueniet, vt nisi ita factum sit, vt est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cuius nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit eius, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo, si quis ita stipuletur, *Titio dari?* nihil agit. Sed si adiecerit pœnam, *Nisi dederis tot aureos, dare spondes?* tunc committitur stipulatio.

§.22. Sed & si quis stipuletur alii, cū eius interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli saluam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est (quùm obligatus futurus sit pupillo, si malè res gesserit) tenet obligatio.

§.23. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, ꝙ sua interest, ne fortè vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

§. 24. Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, vt non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

§. 25. Item nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua sit, vtiliter stipulatur.

§. 26. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti, si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

§. 27. Quod turpi ex causa promissum est; veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

§. 28. Cùm quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea, existente conditione, heres eius agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

§. 29. Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuò agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.

COMMENTARII.

SEquitur de inutilibus stipulationibus titulus pulcher & vtilis. Et quidem hactenus propositæ sunt stipulationes, vt in genere suo vtiles & commodæ. Nunc singularem subiicit titulum, ex huius materiæ variis locis, tum Digestorum, tum Codicis, compositum, de Stipulationibus inutilibus, ex quibus actio & obligatio non est, & ex quo titulo intelligas, cæteras ferè stipulationes esse vtiles. Monui autem ante, huiusmodi doctrinam generaliter propè pertinere ad omnes contractus, & nunc in summa sunt stipulationes inutiles variis ex causis, & maximè præcipueq; ex his: ex rebus ipsis, quæ in stipulationem deducuntur; ex personis tùm stipulantium, tùm promittentium; ex tempore; ex loco; ex forma siue modo stipulandi, siue modo promittendi; vbi incidũt celebres & insignes materiæ, de quibus ordine videbimus.

§. 1. Omnis res, &c.

Primus locus de rebus ipsis, vbi sit primum doctrina affirmatiua talis: De iis tantùm rebus contrahere & stipulari possumus, quæ sunt in nostris commerciis, siue dominiis, id est, quæ dominiis nostris subiiciuntur.

Porrò, quænam illa res sint, docetur *lib. 2. in initio.* Iam sequitur ex hoc negatiua doctrina. Ergo de rebus sacris & religiosis, de rebus publicis & similibus, stipulari non licet, & de his ipsis factæ stipulationes siue scienter, siue ignoranter, inutiles sunt, *vt supra.* Huc quoque pertinet liber homo; res, quæ non sunt, id est, natura esse non possunt, & quæ sunt impossibilia. Et de his omnibus vide *l. 1. §. si id quod. D. de obligat. l. si stipulor 35. l. si homo 69. l. inter stipulantem 89. §. sacram, & leg. liber homo 103. cum similibus. D. de verborum obligationibus.*

Sed iam habent hæ ipsæ doctrinæ adhuc pro-

pro natura rerum, pro ampliori conditione, & varietate rerum; suas distinctiones, ampliationes & limitationes. Quæritur, quid si id, de quo eiusmodi stipulatio concepta est, pôst in eam conditionem veniat, vt dari, vt nostrum esse, & nostrum fieri possit, nempè, quod sacrum est, profanum fieri, & qui liber est, seruus fieri potest; & de hoc *in §. impendenti infra*? Ac Respond. non valere stipulationem, & non deberi, *d. l. inter stipulantē §. sacram.* Adeoque nec, si ab initio sub conditione ea stipulatio sit cōcepta, valebit, veluti: *Promittis eam rem, cum vel si profana facta erit? Promittis eum hominem, cum vel si seruus erit? §. at nec statim, infra.* quia hę res sui natura commerciis nostris exemptæ sunt, & *hunc casum expectare*, inquit Iurisconsultus, *neque ciuile neq; naturale est*, quasi dicat inhumanum est, *d. l. inter stipulantem. §. sacram.* Quæ tamen natura sui dominio exempta non sunt, hanc conditionem facilè patiuntur. Exemplum, vt, *eam rem mihi dabis, cum vel si mea non erit, l. si rem meam 31. & l. existimo 98. de verb oblig.* Sed quid si iterum stipulemur quidem id, quod tempore contractus in commercio est, pôst tamen, antequam tradatur, eximatur cōmerciis, quia fiat sacrum? Et de hoc *in §. item contra*, & docetur, hanc quoq; stipulationem, etsi benefactam, inutilem fieri, & euanescere per mutationem rei, cum dari non possit. *d. l. inter stipulantem. §. sacram.* Sed si tamen additur ea exceptio, nisi facto ipsius promissoris, id est, dolo vel culpa, tale quiddam contigerit. *d. l. inter stipulātem. §. sacram.* Ergò notat, hic etiam teneri promissorem de dolo & culpa, & vide ampliùs *l. is qui 51. & l. si seruum 91. D. de verb. oblig.* Iam visis, quæ in commerciis nostris non sunt, alia Iure communi, & Iure gentium commerciis hominum exempta sunt, vt res sacra, publica, liber homo, &c. alia in commerciis quidem per se & sua natura sunt, sed quorundam saltem hominum in bonis, dominiis & commerciis esse non possunt, de quo vide *l. si qui. C. de hered. & l. 1. Cod. ne Christianum mancipium hæreticus vel Iudæus habeat siue possideat. l. non l cet, & l qui officij, D. de contrah. empt.* Itaque hîc illud deciditur, vt si promissor is sit, qui habere non possit, nihil aliud actum esse videatur, & inutilis sit contractus *l. multum interest 34. D. de verb oblig.*

℣. Vel rem suam, &c.] Id est, rei suæ stipulatio ideo nō valet, quia quod nostrum est, ampliùs nostrum fieri, & nobis dari non potest, *vt infra de act. § sic itaque.* Nec valet etiam stipulatio, si stipuler quid alienum, eo casu, quo meum futurum est, *§. item nemo infra.* Equidem rei meæ precium mihi dari, rem meam mihi restitui, tradi, rectè stipulor, *l rem suam 82. C. de verb. oblig.* Dixi supra, hic etiam valere conditionalem stipulationem. Et hæc de rebus.

§. 4. Si quis alium, &c.

Secundò inutilis est facta stipulatio ex persona promittentis, vt etiam persona stipulantis; idque variè. Et nunc primum de promittente; vbi proponit elegantem regulam: *Si quis alium daturum facturumue quid promiserit, nō obligabitur.* Ostendit igitur, neminem pro alio vtiliter promittere posse, siue promittat facere, siue dare. Nam & ipse ex ea obligatione nō obligabitur, nec alium etiam, de quo promittit, obligat. Et de hoc pulchrè in *l. quæcunque 11. D. de oblig.* vbi rationem adferens sic inquit: *Inter stipulantem & promittentem, negotium contrahi, & de se quemq; promittere oportet.* Ergò, verbi gratia: Si Titium soluturū, daturum siue ædificaturum promittis, inutilis est stipulatio, & promissio, ex qua nec obligatio; nec actio est. Verùm Glossographus colligit iā & obiicit plurimas species, in quibus stipulatio vtilis sit, licet promissum sit de alio, siue promiserit quis alium daturum aut facturum, veluti, cum quis promittit, rem ratam haberi, Iudicio sisti, iudicatum solui, &c. Sed ad hæc omnia rectè percipienda audiatur nūc huius nostrę Regulæ diligentior explicatio,

ex qua percipiantur etiam limitationes & exceptiones, quas addunt alibi textus. Et primò aiunt: etsi inutilis sit promissio alieni facti, tamē ita rectè promitti, cum quis promittit, se effecturū, vt alius det siue faciat, veluti: *Promittis te effecturum, vt Titius soluat ista? Promitto.* Hic promittens obligabitur: de se enim ꝓmisisse videtur. Ita hic pulcher admodum textus, & vide *l. qui autem 14. §. 2. D. de constituta pec. item glos. in l. 5. §. 2. in verb. interrogatus. D. de verb. oblig.* Sed quæritur nunc, quæ sit hic obligatio? Tu dic; nisi efficiat, tenebitur omninò ad id, quod stipulatoris interest. Ita Iacobus Cuiacius *ad l. 38. D. de verb. oblig.* Alii tamen putant ita demum ad interesse teneri eum, si non adhibuerit eius rei conficiendæ summam diligentiam, atque iam multæ sunt tales stipulationes, præsertim personæ, quibus hoc legis auctoritate facilè inest, vt, qui promisit pro alio, videatur promisisse se curaturum. Atq; tales sunt stipulationes, quarum exempla contra nostram regulam adducit Accursius. Nunc iterum, si huic stipulationi addatur pœna, efficit illa, vt non omninò nihil actum sit; ipse enim qui promisit ad pœnam obligabitur, nisi ita factū erit. Verbi gratia, cum sic dicitur, *Titium daturum promittis? Et nisi is dederit tu dabis 20:* Ita *infra eod. §. vice versa in d. l. 38.* Tertiò fit & hoc, vt qui de se promittit, de herede quoque suo videatur promittere, *d. l. 38.* & vide etiam *l. veteris 14. C. de contrah stipulat* Et hæc de promittente. De fideiussoribus dicemus suo loco.

§. 5. Si quis alii, &c.

Nunc etiam de persona stipulantis regula est: *Alteri stipulari nemo potest*, vt est *in d. l. 38. §. alteri, & infra, item §. alteri.* vbi additur ratio, nimirum inter stipulantem & contrahentem negotium contrahi debet, *dd. legib. vt supra. & infra dicitur.* Ideo ad hoc inuentæ sunt huiusmodi stipulationes, vt vnusquisque rem suā agat, & sibi acquirat, ꝙ sua interest. Ergò si alteri quis stipuletur, veluti: *Promittis Titio 30?* nihil agit obligatio & actio inde non est, & ita hic. Verùm & hic Accursius nunc colligit, esse, vt ipse ait, casus, quibus aduersus hanc regulam alteri stipulari licebit, & poterit; & sanè, vt ipse enumerat, ꝙ ad species attinet, plures etiam erunt casus. Martinus Glossographus animaduertit tot esse casus, vt ii potius regulam facturi sint, vt dicatur sic: *Alteri stipulari licet.* Hic quid dicēdum? Videant alii, ego quod sentio ingenuè dicam. Primò, an nulla est ratio regulæ ipsorum Iurisconsultorum, vt ita temerè mutari possit? *Alteri*, inquiunt, *stipulari nemo potest; Inter stipulantem eum & promittentem negotium contrahitur*, vt supra allegauimus. Ad hoc stipulationes inuentæ sunt, vt vnusquisque acquirat, quod sua interest. Ergò mutatione legis non potest mutari regula. Sed vndè igitur tot tamq; multiplices exceptiones Accursii? Video fieri, vt discendi laborē fugiant, nec hoc primum agi, vt ipse locus & caput rectè intelligatur, vt sic commodè percipi possit, quid in illo conseñtiat, quid non consentiat; & ita sæpe dant pœnas desidiæ, qui has veluti minutias spernunt & negligunt. Accursius ergò hanc regulam non satis primò explicat; & deinde confundit materias. Igitur cum sic dicimus: *Alteri stipulari nemo potest*: hoc dicimus, ex ea stipulatione alteri non acquiri, puta, obligationem & actionem, maximè verò etiam directam. *Alteri* etiam dum dicimus, nō loquimur de eo, qui eius rei mandatum habet. Porrò eum, qui alteri stipulatur, sibi etiam ex hoc non acquirere dicimus, quia sibi non stipulatur. Et his ita expositis, nunc videamus præcipuas exceptiones, huic rei conuenientes. Primò igitur, etsi alteri stipulante nihil agitur (nam sic diximus regulam exaudiendam) tamen eius, qui stipulatur, interest, ita *in d. l. 38. §. alteri 2. §. si stipuler. D. de verb. oblig. & in §. alteri. infra eod.* Porrò interesse hic dicimus ciuiliter & verè interesse, vt in propositis exemplis; puta, si ego à te stipuler, vt meo Creditori des, &c. Et hæc

igitur

igitur exceptio infinitos casus continere potest, sub vno tamen genere comprehensos. Iam secundo. Sed etsi mea non intersit alteri dari, si tamen pœnam stipulatus sim, ni alteri detur, non est iterum nihil actum, verùm ego saltem ad pœnam obligatum habebo promissorem, vt si dicam: *Promittis te Titio daturum, & nisi dederis dabis mihi 20?* Tertiò: Pater & filius, dominus & seruus, ratione potestatis, vna & eadem cēsentur persona, qua de re *ad tit. de patria potestat. lib. 1.* vt ideò patrem filio, dominum seruo, nihil egisse dici non possit. Sibi enim stipulatus videtur, & sibi obligationem & actionem acquisiuit, *§. ei vero. infra eod. & l. dominus 39. D. de verb. oblig.* Et rursus viceuersa filius patri, vel seruus domino stipulans, non frustra stipulatur; sed iisdem rectè acquirūt. Et ea exceptio hic additur. Pertinet verò eadem ad similes etiam personas, *de quo in gl. hic.* Hæc igitur de stipulatore. Sane per liberam personam alteri non acquiritur, licet plerisque in casibus actio vtilis, rarius etiam directa acquiratur, (per procuratorem) de quo supra *lib. 2. tit. per quas personas cuique acquir. & l. 1. C. de acquirenda poss.* Exposui, quantum desiderat hæc mea explicatio, simpliciter.

§. 6. Planè solutio, &c.

Alteri stipulari non licet. Ex hoc principio multa alia proponit. Quærit, si quis ita stipuletur: *mihi aut Titio dabis?* (finge, dedit mutuò 100.) an valeat? Item si quis ita: *mihi & Titio dabis 100?* Quo ad primùm casum, ait, non quidē adiecto Titio quæsitam esse obligationem & actionem; neque enim alteri stipulari quis potest; sed tamē effectum aliquem habere eam stipulationem, quod talis persona videatur adiecta solutioni, vt possit debitor soluere, vtri velit, de quo vide *l. 56. de verb. oblig. l. 10. cum duabus seqq. l. 59. de solut. D.* Cætera aliunde nota erūt. Sed, quid si sic concipiatur stipulatio: *mihi dabis 100?* & post Titius: *mihi quoque promittis eadem?* iam vtrique obligatio & actio acquisita est, & erunt duo rei stipulandi, de quibus supra. Nunc, quo ad alterum casum, nequaquam hic sunt duo rei stipulandi. Neq; enim alter alteri stipulari potest: & nec 100. debentur. Fuit enim diuisa obligatio, & vi copulationis nec singulis 50. debentur, sed tantum 50. ei, qui per se saltem vtiliter stipulatus est, vide *l. stipulatio ista 38. §. eum qui, l. eum qui 56. l. si simili 110. D. de verb. oblig.*

§. 8. Præterea inutilis, &c.

Sequitur stipulatio inutilis ex forma, & sic ob defectum consensus. Summa doctrina siue regula hæc est: *Stipulatio vtilis esse non potest, si non congruat responsio ad interrogationem, si sit diuersitas in interrogando & respondendo.* Sed nunc quæritur, quando sit vera diuersitas? Et imprimis notetur, ob hoc non esse diuersitatem, quod quis non respondet iisdem vel totidem verbis; sufficit simpliciter respondere. Et ita pulchrè Iurisconsultus *in l. Titia 134. § 2. D. de verb. oblig.* Verbi gratia: Si sic concipiatur stipulatio: *Promittis domum ædificari licere, & per te non fieri, quo minùs ad eandem ire, agere liceat? Promitto.* subiecto hoc vno verbo, *promitto*, de omnibus promisisti, cum nihil excipis, nihil distinguis. Sic: *Promittis filiam & in dotem 200. vna cum ista domo? Promitto.* Sed etsi hic excipiat, veluti: *Promitto ista omnia præter domū*, non omninò vitiata erit stipulatio. Sed de hoc nunc videbimus. Quæsitum est, quando sit vera diuersitas? Et sanè non est tunc solummodò, quādo ad interrogatum, siue interrogationem omninò non respondetur, vt: *Promittis 100. Arma virumq; cano.* vide *l. 65. D. de verb. oblig.* Sed & tunc in respondendo diuersitas erit, quando in quantitate, in conditione, in die diuersitas est, *l. 1. §. si quis simpliciter. D. de verbor. obligationib.* vbi Vlpianus sic scribit: *Cum adiicitur aliquid, vel detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, veluti:* Si quis stipuletur simpliciter 100. & tu respon-

respondeas: *Promitto, si nauis ex Asia venerit*; hanc stipulationem aiunt omninò inutilem esse. Habes & alia exempla in textu, veluti: *Si quis 10. stipuletur; & tu quinque promittas*. Sed tamen Vlpianus elegantem eius regulæ exceptionem subiicit, nimirum: *Nisi illicò etiam ea diuersitas placuerit*, vt, cum acceptauerit, puta; placet; sit sanè; ita. Ergò, nisi ita accidat, vt diuersitas etiam placeat, omnis ista stipulatio inutilis est, vt hic. Sed tamen huic loco obstat adhuc *dict. l. 1. in §. si stipulanti*. Nam si quis 10. stipuletur, & tu quinque promittas, inutilem esse & hanc stipulationē disertè & manifestè hic scribitur; & extat idem in Institutionib. Caii, nimirum, quia diuersitas est, quia nō respondetur ad interrogatum. Verùm Iurisconsultus ante d. loco docet; tálem stipulationem, cum post interrogationem summæ maioris respondetur, de summa minori valere, quasi minor summa insit maiori; quod nō videtur alienum, & ita ipse etiam hanc addit exceptionem. Sed quomodo igitur Iustinianus hic in posteriori lege aliter? In hac antinomia recōcilianda mirè sunt arguti interpretes. Veteres plerique omnes putarunt, Iustinianum non hoc affirmare hic, eam stipulationem in totum esse vitiatam, sed in quantum exceditur. Ita etiam Baro, item Iason, & ex eo Mynsingerus. Sed quantumcunque id plausibiliter dicatur, non admittit eam interpretationem hic textus, vt & benè animaduertit Christophorus Porcus, & disertè ostendit Caius *in Institutionib.* Angelus cum aliis nonnullis putat, hunc locum, cum obstet Pandectis, intelligendum, cum stipulator nolit valere; quasi, si stipulator fortè non contradicat diuersitati, possit per se valere ea stipulatio. Sed ita dicemus: si stipuler à te 100. purè, & tu promittas sub cōditione, nisi contradicam, te obligatum esse. Quod quis non videt pugnare cum textu? Ioachimus Hopperus diuinat, Iustinianum ad Institutiones has grassiore Minerua tantùm eum locum attingere, & non certam ac totam eam rem voluisse definire. Vide hoc etiam aliis doctis placere. Sed ingenuè dicam, probare non possum. Franciscus Hottomannus frustrà videtur distinguere inter rigorem iuris & æquitatem. Balduinus argutè vult distinguere, an sit stipulatio promissionis gratuitæ & liberalis, an ex alia causa? Sed hoc quoque nihil ad textum. Quid igitur placet? Sanè sententia Iurisconsult. *in d. §. si stipulanti.* videtur æquat quomodocunq; à Iustiniano siue Tribuniano aliquid admissum sit. Fuerunt tamen & alii inter veteres, qui putarunt, *d. §. si stipulanti*. etiā intel'igendum *cum §. præcedenti.* scilicet nisi illicò diuersitas placuerit, & sic sanè nihil erit pugnæ. Nam Iustinianus simpliciter sic docet, cum est diuersitas siue in summa & quantitate, siue in aliis, vitiari stipulationem. Probant hoc & Pandectæ, quæ in latius addunt exceptionem, vt dictum est. Vide glos. *in d. §. si stipulanti.* Et hanc solutionem videtur probare Christophorus Porcus, vt putat Iacobus Cuiacius, quem vide latius.

§. 9. Item inutilis est, &c.

Redit ad personas stipulantium & promittentium, ob quarum conditionem efficitur stipulatio inutilis, siue stipuletur, siue promittatur. Et de filiofam. & seruo, de quibus hic loquitur, breuiter rem omnem sic habeto; Fiunt enim de his plures theses. Primò, si filius patri, seruus domino suo stipuletur, vtilis est stipulatio. Secundò, sed etsi sibi ii stipulentur, patri tamen & domino acquirunt, vt sit vtilis stipulatio. Tertiò, si filius à patre, seruus à domino stipuletur, inutilis est stipulatio ea. Sic & econtra ea, si pater à filio, dominus à seruo suo stipuletur, inutilis est: quia inter has personas ita coniunctas obligatio nasci non potest. *l. lis nulla. D. de iudiciis. l. actiones. D. de oblig.* & de eo hic agit. Iam & quarto, si seruus alii etiam promittat, obligari ipse ei nō potest; obligat tamen dominum peculiatenus. *l. serui 14. D. de oblig.* Attamen filiusfam. aliis promittens obliga-

obligatur. *l filiusfam.39. D. de oblig.* Est tamen & in filiofam. & alia thesis, & sic quinta, nimirum: Si pubes est, tunc id, quod diximus, verum est, vt aliis obligetur: Sin impubes non obligabitur, & ne quidem auctore patre; vt infra *§ pupillus.ad finem.* Sed de his iterum ad locum dictum in textu.

¶. Filii verò familiarum, &c.] Filiusfamilias ex promissione sua aliis, quàm patri, facta obligatur, idque iure nostro, sine consensu & auctoritate alicuius. Sed hoc primò fallit, si impubes sit, & videtur id pugnare cum textu mandatorum diuinorum *Num.30*. Sed tamen deinde etiam id specialiter in mutuo & in voto. In mutuo propter Senatusconsultum Macedonianum. *D. SC. Macedonianum.* In voto, veluti, si quid filiusfamilias voueat, id est, polliceatur, puta, Reip. vel alii. *D. de Pollicit. l 2.* Sed & videtur iure nostro fallere in contrahendis sponsalibus, contrahendoue matrimonio, in quibus parentum consensus prius accedere debet. *l.7.D. de sponsal. l 2.D. de ritu nupt.* Obiicitur illud vniuersaliter: *Honora patrem & matrem:* sed de his *lib* 1. solemus dicere. Porrò, quod ad votum attinet, faciunt votum duplex, nempè, præter id reale, cum scilicet de re promittitur, etiam personale. Cum persona sese vouet, id est, dicat alicui statui religioso, interposito etiam iureiurando de perpetua castitate, puta, Clero, vel alicui ordini Monachorum saltem post pubertatem. Nos id vocare solemus professionem, id est, sponsionem, Profeß thun, Barthol Brattæus *in Lexico suo.* Vide de his 27 *quæst.1.cap.1 & c. neque. vbi glossa, item c. vidua, & c. viduitatis, & rursus 20 quæst.1. cap. illud. vbi glos. & cap. fin. item lib.3. Clementinarum. Clementina de regular. c. eos. vbi glos. vide etiam glos. in l 2.D. de Pollicit.* Atque ex hoc voto volunt obligari filiumfamilias etiam sine patris auctoritate, adeoque etiam inuito patre, nempè quod dictum est: *Vouentes Deo reddite.* Deut. 23. & Psalmo 50. Verùm hæc ex Pontificiorum fermento. Vbi Deus has sectarum inter Monachos & alios diuersitates probauit? Vbi ostendit sibi placere stulta ista & temeraria vota, proprio arbitrio, sine vllius rationis præscripto suscepta? Vbi probauit vota rei, quæ nostræ potestatis non est, & in qua centies mentimur & peieramus? Vbi docuit vota etiam, quæ Deo fiunt, inuitis quoque parentibus, debere esse rata? Sed quicquid sit, Iustinianus Princeps persuasus fortèab istis Pontificiis, filiumfamilias ex tali voto personæ, inuito etiam patre, obligari voluit. *l. finali. § hoc etiam C. de Episc. & cler. item Nouell. 123. de sanctissimis Episcopis c.41.*

§.10. Mutum neque stipulari, &c.

Mutum & surdum contrahere posse non est dubium, sed tamen stipulari, & per forum obligationem contrahere non possunt, vt hic, & idem docetur *in l.1.D. de verb. oblig & l.1. in fin. D. de oblig.* In promptu ratio est, quia alter alterius verba exaudire, verbis interrogare & respondere stipulantes debent. Ita enim dixi, hunc contractum Iurisconsultorum ingeniis apud Romanos esse ornatum. Sed quid si inuicem solemnem interrogationem & responsionem scribant? Paulus quidem Iurisconsultus pulchrè vereq; scripsit: *Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur, l. non figura 28. D. de oblig.* Attamen ostendunt ante citati textus ad per forum obligationem id non pertinere. Illud iudico, non valere stipulationē ante verbis contractam, pòst scriptura notatam. Ergò sequitur inter mutos & surdos nō posse stipulationem fieri & valere. Notauit tamen hîc Dn. D. Wesembecius, hodiè confuso stipulationum & pactorum iure valere eam stipulationem inter mutos. Quod intellige secundum quid.

§.11. Furiosus nullum, &c.

Sequuntur aliæ personæ, quarū stipulatio & promissio inutilis est, sanè ob defectum consen-

consensus. Eæ sunt, furiosus, pupillus, qui solent esse sub tutoribus & curatoribus. Porrò furiosis annumerantur & dementes; gl. quærit etiam de fatuo, siue stulto. Et huc etiam pertinet prodigus, qui tamen magis comparatur pupillo. Primum de furioso. Certũ est non valere eius stipulationẽ aut promissionem, quia non intelligit quod agit, vt hic scribitur. Ex quo rursus nota; non tam vocibus lingua figuratis, vt loquitur Paulus *in d. l. non figura*, nos obligari, q̃ animi voluntate, cuius voces saltẽ sunt indices, vide *l. non solum 31. de oblig. D.* Et iam discatur hic lex *furiosi. D. de reg iur.* Furiosi inquit, vel eius, cui bonis interdicitur, nulla voluntas est, vide *l. in negotiis 5. D. de reg. iur.* Porrò, Dementem continent constitutiones dicẽtes de furioso, vide *l. si furiosi. C. de nupt. & supra de curatorib. lib. 1.* Ab hoc nõ aberit etiam fatuus, is tamen, quẽ simplicem & substupidum vocamus, Cicero stultũ etiam vocat, vide eum *3. schol. Tuscul.* huic loco se non facilè annumerabit, vt ex sua promissione nõ teneatur. Vide Viglium *in §. itẽ furios. supra lib. 2. quib. nõ est permiss. fac testam.* Hic potest etiam intelligi, quid de iis, qui Ebrii promittunt, sentiendum sit. Gl. *in c. vnusquisq; 22. q. 4.* dicit, talem promissionem non tenere, & allegat *c. sanè 15. q. 1.* Sed tamen, ne aperiatur fenestra nequitiis & fraudib. necessum est diligẽtius distinguere, vtrum ita sit, vel fuerit ebrius, vt furioso, demẽti, væsano comparari possit, an non, vide D. Kling. *in tract. de matrimoniis.* Iam de pdigo. Cui opponitur ex altera parte auarus, ni etiam perniciosior, qui curatore tamen opus nõ habet, vt iste, cum ipse satis sciat se & sua curare, attamen mentis curatore multò magis indiget. Sed relinquamus eum, qui curari non vult. Quod ad prodigum igitur attinet, bonis ipsi interdicendum est; & tunc is quoq; non contraher, *l. is cui. D. de verb. oblig.* Sed de his tamen dicetur, vt de pupillis. Nunc igitur ad pupillũ. Pupillus infans adhuc nullũ negotium rectè gerit, & non multũ distat à furioso, vt hic dicitur. Pubertati verò proximus pupillus stipulando vel cõtrahendo, promittẽdo, &c. alium sibi obligare potest; ipse verò aliis, nisi tutore auctore id factum sit, obligari nõ potest. Idem placuit benigno Iure de iis, qui infantes quidẽ non sunt, infantiæ tamẽ adhuc proximi, vide *l. 1. §. huic proximus. D. de oblig. l. in negotiis 5. D. de reg. iur.* Infans dicitur, qui nondum excessit annum ætatis septimum. *l. si infanti. C. de iure deliberandi & l. 1. §. sufficit. D. de administ. tut.* Quæritur, quis sit infantiæ proximus? Et videtur ex genere sermonis, eum sic dici, qui proximior est infantiæ quàm pubertati, & sic sanè vsitatè proximus infantiæ erit ad decimum vsq; annum, & etiam paulò supra, post hoc, id est, post sesquivndecimum ferè annum, erit proximus pubertati, quatenus anno 14. pubes est. Sed in his aliis aliud videtur (alii volũt octauũ, alii volunt nonum.) Tu tamen vide *l. non tantũ. D. de excus. tutor.* In criminalibus quid obseruari soleat, suo loco monebimus: Et hæc de pupillis siue impuberibus. Puberes sine curatoribus suis posse stipulari & obligari scribit ICtus *in l. puberes. D. de verb obligat.* Scio quomodo interpres hactenus eum locũ acceperit, sed error manifestè conuincitur: *Sine curatoribus suis*, inquit textus.

℣. Sed qui in potestate, &c.] De his supra dixi. *Impubes*, inquit, *filiusfamiliàs nequidem auctore patre obligatur*, cum tamen cõstet impuberem auctore tutore obligari. Cur sic? Aiunt, quia tutoris officiũ & auctoritas hoc etiã continet; vt ipse quoq; ob rem malè gestã teneatur. At pater pro sua potestate non tenetur, vide *l. vlt. D. de verb. obl.*

§. 13. Si impossibilis, &c.

Et hæc stipulatio inutilis est ex forma. Supra dixerat de eo, si fiat stipulatio de re, quæ non est, aut esse non potest, & quæ dari non potest, item de impossibili repromissione, id est, si quis id de se promittat, q̃ ipsi impossibile est, vt *hodie dabis Roma.* Nunc addit inutilem etiam esse stipulationem, cum quid promitti-

promittitur, licet possibile sub conditione impossibili, puta: *Dabis 10. si cœlum digito non tetigeris.* Huc pertinet *l. impossibilium. de reg. iur.* sed de his supr. Et φ dicitur de cōditione impossibili, idem quoq; de conditione turpi, sed de hoc infra. Verùm, cur stipulatio ea inutilis est, cum tamen impossibilis conditio adiecta in testamentis, puta legatis, non infirmet negotiū, sed potius abiecta inepta & superuacua conditione consistat id negotium? Causa tam diuersi iuris non est nulla. In contractu est, quòd imputent sibi, qui tales nugas admittunt, & ipsi videntur ludere. Vide *l. non solum. D. de oblig.* At in testamento siue in vltimis voluntatib. heredibus & legatariis, quibus talia à testatore adscribuntur, culpa nulla dari potest. Itaque placuit subsistere. Nunc de stipulatione impossibili negatiuè concepta, sed de hoc supra.

§.14. Item verborum, &c.

Alia inutilis stipulatio ex forma. Thesis. *Verborum hac obligatio inter absentes*, id est, vbi alter cum altero colloqui nō potest, *contrahi non potest, & sic contracta inutilis est*, vt habetur *in l. 1. D. de verb. oblig.* Huic igitur consequens est, hunc contractum, & hanc obligationem per literas & per scripturam, item per nuncium contrahi & celebrari non posse. Et hoc supra monui. Alios contractus & pacta ita fieri posse cōstat, *infra de oblig. ex consensu. l. 2. D. de pact.* Sed hic, fateor, accidit sane mirabile, vt possint contrahi sponsalia, eaq; valeāt simplicibus verbis per nuncium, & tamē non possunt solemni, grauiq; interrogatione & respōsatione per literas. Et ita qui potest φ plus est, non potest φ minus est. Porrò obiicit nūc Accurs. leges, in quib. talis stipulatio per literas & per epistolā videtur facta, idque vtiliter & cum effectu, *vt D. de donat. inter vir. & vx. l. ea qua.* Sed in talibus casibus stipulatio quidē ipsa primò facta est inter prçsentes, & pòst literis saltem eius memoria repetita, quæ literæ etiam ad probationē faciunt, veluti: *100 qua nuper dederā, ad constitutū tempus restitues?* Et respondeat, scil. literis: *Imo vt pollicitus sum bona fide restituam.* Et inde est etiam is casus, qui iam sequitur in textu, de quo Iustin. Princeps ad Cæsarienses Aduocatos rescripsit, *in l. optimam. C. de contrah. stipul.* Et habet vberem materiam, si quis omnes eius circumstātias excutere, easq; prolixè examinare velit. Sed hoc nō est nostri instituti. Breuiter obseruate hìc præcipuè duo. Primum, qui ea scripsit, quæ indicant, ipsum cum aduersario suo in cōtrahendo negotio præsentē fuisse, & pòst negat tamen præsentiam, ideoq; se non esse condemnandū, cum non audiri. Et pulchrè ait sanctus Legislator; improbas esse allegationes, nisi tamen ipse euidenter docere posset, præsentē non fuisse. Sed quomodo, si sunt impiæ siue improbæ allegationes, admittetur ad contrariā probationē? Benè dicit Accurs. videri sanè prima facie improbas, donec probet. Quomodo verò ꝓbabit, contra manifestā & propriam scripturā non fuisse præsentē, præsertim etiā cum sit negatiua facti, quæ probari vix potest? Equidē probabit & probare potest per indirectū, nempè se eo toto die non in illo loco, sed alibi fuisse. Et nota, φ inquit, *manifestissimis probationibus.* Sic igitur vel instrumenti falsitas cōuincetur, vel saltē ostendetur inter absentes factum, φ non obligat. Alterum, φ hic dixi notandū, est illud, pro fide itidē instrumētorum; nempè, etsi scriptura siue instrumentū non meminerit præsentiæ, vel etiam solēnis stipulationis, sed Titium, verbi gratia, Mæuio promisisse, puta se soluturum 30. credendum est, omnia solemniter esse facta, id est, stipulanti, siue stipulatione adhibita, quæ quidem fit solum inter præsentes, esse promissum. De hoc etiam *in §. si scriptum. infra eod.* & vide Iulium Paulum *lib. sententiarum 5. tit. de verb. obl.* Nota igitur, Instrumentum omninò fidem facere, & pro eo præsumi, donec contrarium probetur. *l. cum precibus. C. de probat.*

§.15. Post mortem suam, &c.

Sequuntur aliæ stipulationes ex modo & forma stipulandi olim inutiles, nempè, si quis sic stipuletur: *Post mortē meam, post mortem*

tem tuam dabis. Cum enim tempus & dies morte posterior addita est, quomodo inter mortuos siue apud mortuos primùm nascetur obligatio? Ea ratione nec ista stipulatio valuit: *Pridiè mortis meæ, pridiè mortis tuæ dabis.* Nam quis scit diē pridie mortis, non nisi post mortem certò scitur. Illa autem stipulatio; *cum moriar; cum morieris, dabis.* semper valuit; quia *viuentes morimur*, vt inquit ille, hoc est, illa stipulatio continet tempus vitę. Itaq; obligatio est à viuo, quæ potest ad heredem deinceps deuolui. Sed Iustinianus ista superiora emendauit, & constituit, vt obligatio & actio ab heredibus & contra heredes incipiat. Itaque huius stipulationis post mortem vis & effectus erit, vt heredes sint obligati & soluant. Vide *l. scrupulosam. C. de contrah. stip. & l. vnica. C. vt obligationes & act. ab herede, vel contra heredes incipiant.* Iam erat & alia stipulatio inutilis ex ratione pręposterationis, id est, quia præposterè concepta erat, cum id, q̄ natura sequi aut praecedere oportebat, contra concipimus, veluti: *Si nauis ex Asia venerit cras, hodiè dabis.* Quomodo potest esse hodiè obligatio, & pura obligatio, vt tamē expectetur dubius euentus crastinæ conditionis? Sic dici magis potuit ac debuit: *Si nauis hodiè venerit, cras dabis.* Iustinianus hoc quoq; emendat; vult valere eam stipulationē, si modò exitus rei reperiri possit, & ideo sic interpretatur, vt exigendi facultas ante euentū conditionis non competat, sed in tempus euenientis conditionis differatur, quasi dictum sit: *Si cras venerit, dabis.* Et hæc dicit se cōstituisse per modum Constitutionis D. Leonis, de quo vide *in l. præposteri. C. de testamentis.*

§. 19. Quoties plures res, &c.

Supra *§. præterea*, dictum erat, non valere stipulationem, si non sit responsum ad interrogatum. Et quomodo hoc intelligēdum sit dixi. Nunc proponit, si quis plures res eadem stipulatione cōprehendat, veluti, Promittis Dauum seruum, fundum, & 20? & si is de quibusdam tantū respondeat, & quædam tātum promittat, an valeat? Dixi supra hic non esse siue non videri diuersitatem, ob quam sit vitiata stipulatio. Et primò docetur hic, vnico verbo posse quem de omnibus promittere & obligari, nec esse necessum de omnibus respondere. Vide *l. 134. D. de verbo. obl.* Secundò docetur, etsi quis nō de omnibus promittat, nec vno verbo respondeat, sed quædam excipiat, quædam promittat, valere stipulationem, & contractā esse obligationem in illis, quæ sunt promissa. Nam docet ICtus: *Tot esse stipulationes, quot sunt res; nec vtile per inutile vitiari. Sufficere itaque de quibusdam respondere,* vide *l. 29. l. 86. l. 134. § finali. D. de verb. oblig.*

§. 25. Si de alia re stipulator, &c.

Sequitur iterum stipulatio inutilis ex defectu consensus, & sic ex causa efficienti, nimirum, si stipulentur quidam & promittant, Titius & Caius, sed error tamen sit cōmissus circa rem, quæ venit in stipulationē, vt sic sanè non sit inter eos consensus, sine quo non potest contrahi, *l. 1. D. de pactis l. non solum 31. l. in omnibus 55. D. de oblig.* Adde quod hic non videtur esse responsum ad interrogatum. Sed audiamus Ius ipsum. Distinguitur qualisnam sit error? Dicunt nostri, errari in nomine, in corpore, in substantia, in materia, in qualitate, *l. 22. 32. 83. D. de verb. oblig. l. 9. 14. 20. D. de contrah. empt. l. 21 § 3. D. de act. empt.* Itaque si in nomine solùm sit erratum, cum de re & corpore constet, non vitiatur ideo stipulatio, vt nec alius cōtractus, veluti; Si stipulor à te Stichum, eumq; & de eodem sentiēs promittas, sed dicas Dauum, & putes vocari Dauum. Vide *d. l. 32. de verbo. oblig & d. l. 9. de contrah. empt.* Quòd si verò in corpore sit erratum & substantia, vitiatur omninò, vt & alius contractus, vt, si stipuler à te Caiam, eamq; promittas, sed intelligas siue putes aliam, & me dixisse de Titia. *d. l. 83. item d. l. 9. & l. 132. D. de verb. obligationib.* Si in materia & qualitate saltem sit erratum, vt, si

re, si quis aurum putabat, quod æs est, aiunt stipulationem ob hoc non vitiari, etiamsi emptio sic vitiaretur. *d.l.22.d.l.9.d.l 14.& d.l. 21.* Põtificii hinc extruxerunt illud, q̃ si quis stipulatus esset, sibi dari Catharinã, siue duxisset Catharinam, quam putabat virginem, cum tamen sit corrupta, siue stuprata & meretrix, valere contractum, nec posse dirimi *21 q.51. de quadruplici persona.* At respondendum præduro Iuri. Aliqui, ni fallor, in hac schola aliquando scripserunt, imò non in qualitate, sed in substantia esse erratum. Sed dic, quod nostri qualitatem & materiam pro eodem accipiunt, & eodem etiam loco habent substantiam *d.l.9.& d l.21.* Et cum dicitur, errorem in substantia etiam vitiare cõtractum, substantia pro re & corpore accipitur. Iam verò constat inter fœminam integram & corruptam re & corpore non interesse, vt inter Dauum & Stichum, id est, non vt Dauus & Stichus alii sunt, ita vna & eadem fœmina corrupta & incorrupta alia est. Ergo vides, oportere rectius sciri & explicari, quid sit substãtia; nec tamen his argutiis multum hic perfecerimus. Simpliciùs igitur & sinceriùs sic respondebimus. Aliud est stipulari res, quæ veniunt in nostra commercia, item emere & vendere; aliud matrimonium contrahere, vbi vult Deus vnumquemq; vas suum possidere in sanctificatione & honore, & sic seruare se, vt dicebat D. Augustinus futuro marito, vel etiam vxori; nec patitur impunè alteri per alterum in ea re imponi; vide *1. ad Thessalon. 4. Deuter. 22.* Et habemus de hac re alias leges; vide Harmenopulum *lib. 4. tit 1. & tit. vlt.* Et diximus exactius ad locum de Nuptiis.

§. 26. Quod turpi, &c.

Alia promissio & stipulatio inutilis ex iustissima sanè causa, nimirum ob turpitudinẽ, quæ est in stipulatione vel promissione. Turpe quid sit, nemo est qui ignoret. Etsi olim Epicurei, Cinici & alii, disputârunt, turpe nihil esse natura: *Turpe tamen est, quod pugnat cum honestate, quod flagitium, quod crimen continet,* in summa, *quod pugnat cum lege diuina.* Sed notandum, quod IC. scribunt *in l. probrum, 142. D. de verb. signif. Probra quædam natura turpia sunt, quædam ciuiliter, & quasi more ciuitatis, vt puta, furtum, adulterium, natura turpe est: enimuerò tutelæ damnari, hoc non natura probrum est, sed more Ciuitatis.* Hæc ille. Et hæc igitur de eo, quid sit turpe. Iam amplius sciendum, non vno modo in stipulationem & promissionem venire id, quod turpe est, siue id natura sit turpe, siue ciuiliter. Hic dicitur de turpi causa, quod exponit de stipulatione per se turpi, cum id stipulamur, quod per se turpe est, vt furtum, homicidium fieri; de quo *in l. 26. cum sequenti. D. de verb. oblig.* Est, vbi non sic, sed stipulamur licitum, puta, pecuniam, addimus autem cõditionem turpem; veluti, *si furtum feceris, si hominem occideris, dabo.* vt est *in l.123. D d.tit.* Est etiam turpe sic stipulari: *Promittis 10. vt reddam depositum?* Vel, *promittis 20 si adulterium non commisero,* quia hæc de Iure censentur esse impossibilia. Nam quę iure non licet facere, nec fieri quidem posse credendũ est, *l. filius. de condit. inst.* Impossibilium autem nullam esse obligationem dicitur in regula tàm Iuris Ciuilis, quàm Canonici. *l. impossibilium, de reg. iur. & c. nemo potest, eod. tit. lib. 6.* & à malo & ab improbitate sponte abstinere debemus. *l. Iurisgentium. §. si ob maleficium. D. de pact.* Sed & hoc notandum est, esse, vbi turpitudo sit, vtriusque tàm stipulantis, quàm promittentis, tàm dantis, quam accipientis; veluti, cum stipulor homicidium fieri; cum stipulor, si malè pro me iudicaueris, negaturum esse, vbi sit solùm promittentis; veluti, cum promittitur meretrici (sic enim nostri) vel etiam stipulantis, vt cum stipulor mihi dari, ne maleficium committam. Atq;, quod ad ius nunc attinet, hæ quidem omnes stipulationes & promissiones turpes, siue ciuiliter, siue natura inutiles sunt, nec quod ita promissum est, præstari oportet. Vbi notanda elegans regula Iuris Pontificii: *In malis promis-*

promissis non expedit fidem obseruari, vt habetur *c. in malis. de reg. iur.* Sed tamen quoad vsum ciuilem, est adhuc inter hæc, quæ diximus, discrimen. Primò, cùm turpis est stipulatio ipsa, inutilis est, ex qua nihil debeatur aut exigi possit, quod actio nõ detur opposita præsertim exceptione, *d. l. 26. cum seq. d. l. 123. & l pen. D. de condict. ob turp. causam, l 1. & l. 5. C. de condict. ob turpem causam.* Et hic scribitur non valere eam stipulationem; veluti, cùm sic stipulatur quis: *Hominem occides? Sororem tuam duces? Furtum illi facies? &c.* Quod si ita conuenit, vt aliquid detur, si facinus siue turpitudo committatur, dicimus, id quidem inutilem esse stipulationem, sed si aliquid ob turpem hanc causam solutũ sit, id repeti non posset si quidem in hac causa potior est semper cõditio possidentis, ꝙ credendum etiam est odio eorum, qui de re turpi stipulantur, & repromittunt constitutum esse. Sed efficitur hoc tamẽ ita verũ esse, si turpitudo sit vtriusque, aut etiam sit solius promittẽtis. Quod si n. stipulantis tantũ sit turpitudo; veluti: *Promittis 10. si non commisero hoc facinus?* rectè dico, etiã solutum repeti posse; vide *l. 1. 2. & 4. D. de cond. ob turp. cauſ.* Ergo sanè hæ omnes stipulationes inutiles sunt, iuxta modũ nunc appositum & declaratum. Sed quid si additũ etiam sit Iusiurandũ promissioni turpi; veluti: *Si promittas homicidium, furtum, delicti alicuius, vt puta, furti, latrocinii, silentium?* vt *D. de condict. ob turp. cauſ. & in d. l. Iurisgentium 6. §. si paciscar. verſ. & generaliter. D. de pact.* Et in eo consentiunt Philosophi pariter, ICti & Theologi etiam, Iusiurandum rei turpis non esse seruandum. Cic. *3. Offic.* ICti *d. loco.* Et huc pertinet *c. non est obligatorium. de reg. iur. in 6.* ibi: *Non est obligatorium contra bonos mores præstitum Iusiurandum.* Et alibi pulchrè dicitur, *Iuramentum non debet cuiquam esse vinculum iniquitatis, c. inter cætera, 22. q. 4.* Sed tamẽ, si de hoc etiam agitur, vt res ad disputationem pietatis vocetur, consideremus illud, non oportere eousq; inuanum assumere nomẽ Dei, vt eo teste affirmem⁹ & polliceamur rem impiam & turpem; nec enim fit hoc sine grauissimo peccato; vide *c. iurauit Dauid, 22. q. 4.* Et Philosophi etiam notant, rem talem promitti non debuisse, Cic. *præd. loc.* Et quisnam casus te eo adiget? Vis & metus scil. Sed noluerunt Philosophi vim & metum cadere in constantem virum, Cic. *præd. loc.* Quid verò hic ICti? Humaniores illi, & de humana infirmitate vsibus ipsis edocti, metum posse cadere in virum constantem aiunt, *D. de eo, quod met. cauſ.* Sed tamen peccatũ agnoscant ii. Si hoc non faciunt, turpiter se fallunt hypocritæ. Itaq; breuiter: Si de re turpi iuras, peccas; si præstas quod iurasti, bis peccas. Porrò, quod idem Cicero eodem in libro docet, aliàs etiam per vim extortum Iusiurandum ratum esse oportere, (etsi & ipse sibi non constet) eadem ratione, qua supra, Iurisconsulti *l. 15. D. de condit. inst.* non admittunt; veteres Theologi satis scribunt in inconstantem. Sed non omnia hęc nunc examinamus.

DE FIDEIVSSORIBVS.

TITVLVS XXI.



PRo eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant, vt diligentiùs sibi cautum sit.

§. 1. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, siue re, siue verbis, siue literis, siue consensu contractæ fuerint. At nec illud quidem interest, vtrùm ciuilis, an naturalis sit obligatio, cui adiici-

tur

tur fideiussor, adeò quidem, vt pro seruo quoq; obligetur, siue extraneus sit, qui fideiussorem à seruo accipiat, siue ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

§.3. Fideiussor non tantùm ipse obligatur; sed etiam heredem relinquit obligatum.

§.4. Fideiussor & præcedere obligationem, & sequi potest.

§.5. Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaq; liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistola diui Adriani compellitur creditor à singulis, qui modò soluendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoq; si quis ex fideiussoribus eo tempore soluendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab vno fideiussore creditor totum consequutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit, soluendo non sit, & sibi imputare debet, cùm potuerit iuuari ex epistola diui Adriani, & desiderare, vt pro parte in se detur actio.

§.6. Fideiussores ita obligari non possunt, vt plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse, quàm in principali re. At ex diuerso, vt minùs debeant, obligari possunt. Itaq; si Reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque rectè obligatur, contrà verò obligari non potest. Item si ille purè promiserit, fideiussor sub conditione promittere potest, contrà verò non potest.

§.7. Non solùm autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus est enim statim aliquid dare; minus est post tempus dare. Si quid autem fideiussor pro Reo soluerit, eius recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium. Græcè etiam fideiussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ, sed & si dixerit: θέλω, siue βούλομαι, sed & φημὶ, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω.

§.8. In stipulationibus fideiussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, vt quodcunq; scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoq; constat, si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solemniter acta.

COMMENTARII.

NVnc hoc loco de vtili & insigni materia Fideiussorũ, ꝙ hi quoq; per stipulationem ꝓmittant & obligentur. Et quidẽ magnus vsus p̄cedentis disputationis in hoc tit. consistit. Et hæc de cõtinuatione. Nunc de materia, q̃ doctrinę & memorię causa distribuemus in hęc capita; vt primũ videamus de descriptione quadã fideiussorũ & fideiussorię obligationis; post & ea ipsa diligentiùs explicaturi, q̃ sit huius rei æquitas, necessitas, & vtilitas; qualis sit hic fideiussorius cõtractus; quarum rerum fideiussor esse possit, siue ad quas causas fideiussor accedere possit; quę sit fideiussoris, vel etiam fideiussorum, si plures sint in eadẽ causa, obligatio; quæ & quales sint hinc actiones? Dicendum est etiam breuiter de vicinis siue cognatis specieb. & materiis; item quomodo fideiussores liberẽtur?

Fideiussor

Fideiussor dicitur à fide & iubeo, quod sua fide aliquid iubeat (nonnulli dicunt, quod sua fide, id est, suo periculo, vt dicitur *in L. Lucius. D. nostro tit.*) *Est autem fideiussor, qui se pro eo, qui obligatus est, eadem obligatione obligat per stipulationem, quem creditores ideò accipiunt, vt sit ipsis diligentiùs cautum.* Quæ definitio ex initio huius textus desumpta est, item ex *l. 1. §. nobis. vers. sed aut proprio. D. de oblig. at.* Dico, *pro eo, qui obligatus est*, quia fideiussio accessorius est contractus, & nulla fideiussio est, nisi ante etiam sit obligatio, de quo infra. Dico, *eadem obligatione se obligat.* Sic enim Iurisconsult. *in d. l. 1.* & significatur, vnam & eandem esse obligationem vtriusque, id est, principalis & fideiussoris. Itaque vna solutio tollit vtramque obligationem; de quo iterum infra, & vide gloss. *in d. l. 1.* Dico, *quem creditores ideò accipiunt*, vbi attingitur causa finalis, & hic est finis accipientis. Est tamen & alius finis dantis fideiussorem, quem ostendit *Lex 2. D. Mandati.* Et pulchrius manifestiusq; in illa sua sapiētia Syracides, *c. 29.* Quo cap. fremant scil. alii, dicant q; sentiunt, nihil quicq̄ propè pulchrius existit de contractibus nostris. Si mihi tamen non creditis, & etiam alios testes desideratis, videte saltem Carolum Molinæum *in suo tractatu commerciorum & vsurarum.* Ergo docet isto loco Syracides, duo præsertim esse genera, quibus proximum indigentem iuuemus. Primum, si ei, quo opus habet, demus & concedamus, vt mutuúm. Alterum, si id nunc non habemus, non possumus, vt pro eo apud alios fideiubeamus, quo cōsequitur, & postea docet improbioris ingenii hominē pro proximo fideiubere nolle. An igitur statim pro omni homine, qui id petit, fideiubere oportet? Nō sanè, & docet iterum, vt & Salomon, quā res periculosa sit fideiussio, quomodo etiā improbi & impii fideiussoris beneficium non agnoscant. Dicitur igitur, pro proximo, pro amico, scil. fideiubeas. Concludit: *Succurre proximo pro virili tua, & attende tamen ne ipse cadas*; & monet debitorem, vt agnoscat hoc tantum beneficium, vt liberet fideiussorem suum; docet etiam & monet ipsum fideiussorem, vt seruet fidem creditori, apud quem pro altero ꝓmisit; vide amplius *Prouerb. 6.* Et Vlpian. de constituto agens, inquit: *Graue est homini fidem fallere, l. 1. D. de constitut. pec.* Atq; in nostro hoc prædicto *cap. 29.* elegans extat versus in versione diui Lutheri, quomodocūq; illi visum sit, sic illū versum tradere, versus est eius c. 26. (Ein Gottloser / so er bürg ist worden / vñ gehet mit Rencken vmb / auff daß er sich heraußer reisse / der wirdt dem Gericht nicht entlauffen.) Hæc igitur pluribus de fine, & huius contractus æquitate atque vtilitate. Nunc de cæteris locis. Equidem dixi amplius in definitione, *per stipulationem*, quod per stipulationem saltem obligetur fideiussor; vide *l. 12. C. eod. tit.* Et hoc modo etiam discerno propriè fideiussorem vel fideiussionem ab aliis affinib. speciebus. Et videntur quodammodo fideiussionis sic generaliter acceptę, cum quis alterius obligationem in se suscipit, siue cū pro alio obligatur, species quædam inueniri; & variè appellantur, Fideiussores, Sponsores, Fidepromissores, Mandatores, Cōstitutores, Expromissores, Appromissores, Affirmatores. Et est inter nonnullos tamen certa differentia, etsi in distinguendo non consentiant. Communiter verò eruditiores, Fideiussorē, Sponsorem, Appromissorem pro eodem accipiūt, nōnunquam etiam Expromissorem, etsi hic aliquando ab iis distinguitur; vide *l. 5. §. satis exceptio. D. de verb. oblig. l. in omnibus D. de solutionib. l. & eleganter §. seruus. D. de dolo malo, l. 4. D. de condict. causa data.* Hottomannum & alios Scriptores *in Lexicis*, Cuiacium *ad l. 5. D. de verb. oblig.* Pro eodem etiam accipitur Fidepromissor. Cuiacius *ad d. l. 30. D. de verb. oblig.* Dixerunt etiam Auctores, Prædes, item Vades. Sed hoc postremum maximè in causa capitali, vt existimant. Tu tamen vide etiam de his, id est, de Pręde & Vade Būdęum *ad l. 2. in verb. vindiciæ. D. de orig. iur.* De Affirmatore loquitur ICtus *in l. 4. § fin D. de fideiuss.* Et omni-

omninò sunt varii modi & formæ intercedendi pro aliis. Nam hoc videtur esse genus, *vt in l.8.§.2. & 3. D. ad SC. Velleianum.* Sed nunc, quod attinet ad duas præsertim reliquas species, constitutor semper sequitur obligationem. *l.4.l.5.§.3 l 11.D.de constit.pecu.* Mandator semper præcedit. *l 12.§.si post creditam. D.mandati.* Et hæc fiunt etiam siue stipulatione.

Porrò & hic interest inter mandare & cōmendare, *d.l.12.§ cum quidam.* Sed pergo rursus ad alia. Fideiussionē dixi esse *accessorium contractum*, quemadmodum alibi quoq; dixi de contractu pignoratitio.

Sed quæritur, ad quos igitur contractus, ad quæ negotia fideiussor accedere possit? De hoc respondeo; posse in quocunq; cōtractu, adeoq; in quacunque obligatione, etiam ex delicto fideiussorem dari & accipi; vide *l.1.l. Gracè 8.l.fideiussor obligari 16.l.si quis à Reo 70. §.fin.D.eod.tit.* Et accipitur quidem fideiussor his aut similib. verbis: *Me Titio dare mutuò 100.fide tua iubes?* siue: *pro 100 quæ Titius debet, fideiubes? Fideiubeo.* vide *l.Lucius.& l.sicut 65. D.eod.* Quid si non præmissa stipulatione dicat: *Constituo*, siue *promitto illum daturum, vel me daturum, mea fide dato illi.* Fideiussio quidem non est. Sed tamen ingredior cognatas materias, quas ideò saltem attingo, suo loco diligentiùs singula expositurus. Hic etiam illud addendum, fideiussionem valere, etsi naturalis tantùm obligatio præcessit; sufficit enim aliquam fuisse obligationem, ad quam accessit fideiussio *l 6.8.16. D.eod.* Et ideò si quid pupillus sine tutore promisit, aut similis alius, cuius tu fideiussor iis factus, obligaberis, vt dare cogâris, licet ipse principalis nō ita obligetur. Non enim oportet Creditores per nos decipi; & imputes tibi, quòd temerè fideiusseris. Illud Axioma etiam hic notandum, nō posse tamen ita fideiussorem accedere & obligari, vt durior sit eius conditio quàm principalis; si quidem ita visum est, fideiussorem non posse teneri siue obligari in duriorem siue deteriorem causam, in leuiorem siue meliorem posse, *d.l.8.§.illud.cum sequent. d.l.16.§.2. & 4. d.l.70.& l.34.D.eod.* Iustinianus hoc loco illud sic exprimit: *Fideiussores etiam obligari non possunt, vt plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur.* Addit etiam rationem: *Plus esse non potest in accessione*, id est, in accessoria obligatione; *quàm est in principali re.* Fideiussio accessio est. Ergo, &c. quasi dicat; accessoria obligatio. Necessum est igitur, vt sit id, & sit aliquid, cui accedat. Ex quo fundamento etiam hoc fit, vt id, quod principale dicimus, legibus non constet; non valeat, & non consistat itidem fideiussio, quo pertinet *l. qui contra 11.l. cum lex, 47.item l 57.si quis, item d.l.si à Reo 70.§.fina. D.eod.tit.*

Porrò etsi fideiussor in duriorem causam obligari non possit, potest tamen, vt dictum est, ad naturalem obligationem accedere, vt efficaciter obligetur. Et hoc non obstat. Putant quidam, efficacius posse saltem obligari fideiussorem, quàm ipsum principalem, ad quod adducunt gloss. finalem *in d.l.65. D. eod.* Est deinceps in hoc ipso loco controuersum ius. Sed de hoc videbimus ad textum.

Nunc progrediamur ad obligationem. Dixi in definitione, *eadem obligatione obligari fideiussorem.* Fideiussor quidem sua fide, suoque periculo alienum in se suscipit obligationem; sed tamen per hoc non liberat principalem, verùm vterque deinceps obligatus est, alter principaliter, alter accessoriè, si accessionis loco in eâdem summam, nempè, quam sua fide fore promittit. Atque hic diligenter admodum attendendus est modus & forma ipsius fideiussionis. Nam quis nescit, pacta legem dare contractui? Huc pertinet inter cætera *l.7.C.locati.* Extra hoc igitur fideiussionis ea natura est, vt vterque eodem modo in solidum sit obligatus. Ergo si principalis abest, aut non est soluendo, ob hoc fideiussor acceptus est, vt ipse satisfaciat. Hic notandum, etsi ex obligatione ex delicto fideiussor accipi potest, tamen si cri-

minaliter agatur ad pœnam corporis (licet & hic, cum nondum apparet vllum esse certum capitis delictum. Reus eatenus fideiussoribus iuuari potest, vt à vinculis liberetur) etsi vas siue fideiussor postea Reum sistere non possit, quia fugit, non est propterea tamen æquum, illum loco Rei esse & pœnam Rei subire; nec si ad hoc se adstrinxit, cum nemo sit dominus membrorum suorum, sed soluet pœnam pecuniariam, iuxta arbitrium Iudicis. Aut sanè, si ipse (vt fieri solet) pœnam aliquam promisit; vide *l. 1. l. diuus. l si quis Reus. D. de custodia & executione Reorum. l. minimè. C. de appellat. c. cum homo, & quæ ibi notantur 23. quæst. 5.* Vide etiam practicos rerum criminalium, vt Iodocum Damhouderium *cap. 20.* vide in Iure Saxon. *lib. 1. art. 65.*

Porrò verò ex eo, de quo diximus, est & hoc ex natura fideiussionis, vt cum eius rei commoditas est, ius ac potestas sit penes creditorem conueniendi, quem ipse vult, nullo ordine, nempè, ipsum principalem debitorem, vel, eo relicto, fideiussorem. Et id videtur semper fuisse ius vetus; vide *l. 5. C. eod. l. 19. ibid. & l. 16. §. vlt. D eod. cum similib.* Et inde fortè illud vulgatum: *Sponde; noxa præsto esto.* Sed Iustinianus noua sua lege id immutauit & constituit, vt primò conueniatur & excutiatur principalis, & non ante conueniatur fideiussor, nisi tamen principalis absit, vel etiam non sit soluendo. Quibus casibus potest statim conueniri fideiussor. *Nouell. 4. de fideiussoribus.*

Iam quod ad plures fideiussores attinet, quasi confideiussorem, iterum eatum obligatio hæc est, vt singuli ex his teneantur in solidum, & possit creditor ex iis, quem velit, eligere & conuenire. Neque enim hoc quicquam sibi præiudicat alterius electione; vide *l. 3. l. reos 23. C. eodem. l. 26. D. eodem.* Sed hic diuus Adrianus dedit exceptionem. Constituit enim, vt si plures sint fideiussores, singuli non nisi in viriles partes condemnentur, si modo tamen opposita exceptione hoc beneficium alleget, qui conuenitur. Sed & hic addit ille duplicem exceptionem. Prima, nisi cæteri non sint soluendo tempore litis contestatæ. Aut si non sint præsentes; vide de his *in l 26. 27. & 49. D. eodem.* Vulgò dicunt, fideiussorem duo habere beneficia, primum diuisionis à diuo Adriano; alterum ordinis à Iustiniano. Sed his tamen beneficiis renunciari potest; vulgata *l. penult. C. de pact.* Et hoc solent addere creditores, vt renuncient, quò sit ipsis magis cautum. Ergo obserua nunc breuiter, hæc beneficia cessare, (& præsertim agimus de primo) si aliter conuenit. Quod fit vel tacitè ex ipsa formula, vel expresè per renunciationem, si principalis non sit soluendo, si absit. Quidam addunt, si ob potentiam & tyrannidem non facilè possit principalis conueniri; vide Iason. *in §. item si quis, num. 68. titul. de actionib.*

Nunc tandem de actionibus. Et primùm de principali actione, de qua nos agimus, nempè aduersus fideiussorem, qui promisit. Is, vt dixi, promittit per stipulationem. Ergo ex stipulatione contra eum est actio, quæ est stricti iuris actio, rei persecutoria, perpetua, competens heredibus & in heredes. Atque de his supra, *ad titul. de verborum obligat.* Dicet igitur, verbi gratia:

Coram vobis, Domine Iudex, comparet & proponit Titius Actor contra quendam Caium Reum, & dicit; quòd ante annum mutuò dederit Sempronio centum, ea conditione, vt eadem bona fide post menses decem redderet, pro quo ad hoc ipsum intercessit ante dictus Caius Reus, qui præsens interrogatus respondit, id fide & periculo suo fore. Atqui elapso tempore solutioni destinato frustrà moneri prædictum Sempronium, cum facultatibus lapsus soluendo amplius non sit. Et ideo se Caium Reum fideiussorem monuisse & rogasse, vt memor suæ promissionis prædictam summam persoluat & numeret, quod tamen ipse contra fas & æquum nondum fecit. Petere se igitur, vt vestra sententia ad

ad faciendum, prout ius & ratio postulat, fideiussor condemnetur, condemnatusque ad soluendum compellatur, &c. Petens sibi ius & iustitiam administrari, &c.

Sed nunc postremò videamus etiam aliquatenus, quomodo fideiussores liberentur, & de actionibus, quas habent ob solutam alieno nomine pecuniam. Imprimis soluto principali debito, quicunq; is sit, qui soluit, siue fideiussor, siue ipse debitor, liberatus est fideiussor. Secundò, sed & liberato debitore alio quocunque modo, veluti per exceptionem quandam perpetuam & peremptoriam, vel pacti de non petendo, &c. liberatus est fideiussor, & si nihilominus tamen accidat, vt ille soluat, temerè soluit; de quibus vide *l. ex persona 32. item l. 67. D. eod. l. 10. §. generaliter. l. 29. & l. 44. D. mandati.* Iam tertio tempore etiam liberatur fideiussor, si ad tempus acceptus est, idq; tēpus elapsum est. Sed & nouatione facta inter creditorem & debitorē fideiussor liberatur; vid. *l. 60. D. eod. tit. l. 4. C. eod. & l nouatione. D. de nouat.* Sed hodiè non statim intelligitur facta nouatio, si qd noui accidit, vt suo loco dicemus. Illud etiā notandum, posse fideiussorē agere aduersus ipsum debitorem, vt ipsum liberet, si debitor bona incipiat dilapidare, si diu in mora est; de quo vide *l. 38. D. mand. & l. 10. C. mand.* Iam verò, si per solutionē liberatus erit fideiussor, habet obligatum ipsum debitorem, ad quod datur illi actio mādati, vel negotiorum gestorum, prout casus erit; de quib. suo loco. Sed, vt dixi, ita demum has actiones habet, si non temerè soluit. Illud adhuc notandum, fideiussorem, dum pro reo principali soluit, posse imprimis à creditore exigere, vt cedat actiones, nempè, in cæteros etiā confideiussores, atq; hoc si fecit, potest fideiussor, qui solidum soluit, non modo à reo principali exigere, sed etiam à confideiussorib. quo casu fortè Reus soluendo non erit, & huc respicit infra, hucq; pertinet *l. 17. 26. 29. D. eod.* Hæc hoc tempore de fideiussorib. Quod si etiam de psonis aliquid vis dici, quę fideiubere possint, vel non, poterunt etiam hic valere ea, quæ dicta sunt *ad tit. de inutil. stipul.* Illud nominatim addendum, constitutum esse, ne mulieres fideiubēdo obstringantur, *tot. tit. Pandect. ad SC. Velleian.* deinceps cætera in text. admonebimus.

℣. Solent alii obligari, &c.] Nimirū, vt interim & principalis obligatus maneat. Et notandum, quod supra scribit, hanc esse accessionem. Ergo iustum videtur id, quod principale est, imprimis addendi, & proinde rectè Iustin. *in Nouell. sua 4.* Potest etiam tota obligatio transferri in eum, qui intercedit, & dicitur ex cōmisso. *l & eleganter. §. seruus. D. de dolo mal. l 4. D. de cond causa dat* Possumus etiam vti delegatione. Sed de hac infra.

℣. Vt diligentiùs sibi sit cautum.] Vnde plerunq; is Fideiussor accipi solet, in quo plus cautionis est. Hinc etiam fortè defenditur, quod supra ex Iasone adduximus. Porrò potest etiam maioris adhuc securitatis loco pignus hoc amplius accedere, vide *l. 2. 9. 17. D. eod. l. 51. §. creditor. l. 52. 59. 63. D. eod.* Et sic olim populo Romano cauebatur ferè prædibus prædiisque.

§. 3. Fideiussor non tantum, &c.

Hæc ex *l 4.* sunt *D. eod. tit.* Et faciunt quidam hic differētiam inter Ius nostrum & Saxonicum, sed non satis probo.

§. 4. Fideiussor & præcedere, &c.

Vide *l. 6. D. eod.* sic differt à Constitutore, item Mandatore.

§. 5. Si plures sint fideiussores, &c.

Hic nota: Creditorem posse à singulis fideiussorib. in solidum exigere. In solidum n. Iure tenentur. Quod autem inquit postea: *Compellitur partes petere*, intellige, si hoc fideiussores petant, si obiiciant, si excipiant. Atq; hæc defensio tum demum etiā prodest, si alii quoq; soluendo sint tempore litis cōtestatæ, vt supra. Quod si post id tempus non sint soluendo, quia facultatibus interea lapsi, hoc ad creditorem pertinet. Obserua hic etiam exceptionem propter mendacium; de quo vide *l. si dubitet. D. eod.*

§.6. Fideiussores ita obligari, &c.

Efficitur, si Titius debet purè, posse fideiussorem accipi vel obligari sub conditione, aut ex die. Eodem modo, si Titius viginti debet, posse fideiussorem accipi & obligari in decem, non tamen econtra. Si Titius sub cõditione aut ex die debet, aut decem debet, non posse fideiussorem purè obligari, aut in 20. Sed hic quęritur, quid igitur, an fideiussor saltem ad cõditionem, item ad summã conuenientem obligetur, an potius inutilis & nulla sit ea obligatio? Atq, hanc opinionem secutus est Ioan. Glossographus, & defendit Hottomannus. Quo pertinet etiam §. *praeterea, supr. de inutilib. stipulat.* & Fulgosius dixit, esse communem. Latinus tamen Paraphrastes & Balduinus cõtrarium defendunt. Alii, vt Dn. D. Wesembec. saltem in summis, non in die aut conditione hoc postremum probant. Sed quo ad textum, sunt hæc omnia in eadem conditione, vt non possit diuersum responderi. De summis, fateor, tamen hoc æquius videri.

DE LITERARVM OBLIGATIONIBVS.

TITVLVS XXII.



OLim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodiè non sunt in vsu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè cõstitutum est. Sic fit, vt & hodiè, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.

§. 2. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus vsque ad quinquennium procedebat, sed ne creditores diutiùs possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, vt vltra biennii metas huiusmodi exceptio minimè extendatur.

COMMENTARII.

TErtia species cõtractuum est, nempè literis contrahitur, non ꝙ ipsæ literæ, i.e. figuræ literarum obligationem constituant, *l. non figura, D. de obligat.* sed oratio, quam exprimunt literæ. Nec rursus, quòd literis id, ꝙ actum est, puta, re, verbis, consensu, testatum fiat, vt sint literæ loco ꝓbationis, cui tamen possit contradici; id ꝙ cõmune est in omnib. propè contractib. vide *supr. de inutil. stipul. §. item verborum, l. cum precib. C. de probat.* Sed ꝙ literis etiã, id est, figura & oratione, quã exprimant literæ, siue syngrapho & chirographo singularis quædam contrahitur obligatio, Veteribus etiam & ICtis ignota; sed postea tamen ob certam causam introducta. Vnde dicitur ex Iure Ciuili esse, siue Iuris ciuilis saltem. Et est hic insigne exemplum eius, quod dicitur: *Ex malis moribus bonæ leges natæ sunt.* Nam contra fœneratorum fraudes hæc instituta sunt. Sed tamen qualis est

eorum

eorum auaritia, quam nemo satis nouit, nisi qui in ipsorum schola eruditus est? Videbis igitur iterum, quomodo inuenta lege, inuenta etiam fraus legis fit. Sed nunc de re ipsa, quam sanè Accursius & alii nonnulli nimiũ disputando inuoluunt magis, quàm expediunt. Dicemus igitur simpliciter, &, vt spero, accuratè ad rem ipsam. Imprimis animaduersum est, quò quid magis necessarium humano generi, quò quid sanctius est; eò impios & auaros homines maiorem occasionem fraudis & abusus ex eo captare, nempè mutui contractus, vt nuper declaraui, perquàm necessarius est humano generi & cõmuni huic hominum indigẽtiæ seruit. Itaq; ii, qui ad hanc rem compulsi sunt, faciles sunt ad faciendum quiduis, ad colligẽda chirographa, saltem si sit spes aliqua numerationis. Et sic possunt hic committi variæ fraudes ab auaris. Ideoque institutum est, vt si talè quid accidat, & reus dicat, spe futuræ numerationis se chirographum porrexisse, sed tamen pecuniam numeratam non esse, dico, cogatur ipse actor & creditor probare, nempè reuera se etiam pecuniam numerasse. Et hæc dicitur literarum obligatio, vide *Cod. de non num. pecunia.* vbi præsertim *in l. 14.* Et sic quidẽ mihi placuit de huius constitutionis causa & occasione, quod etiam plerisque placuit, quasi diceretur literis & priuatis quoque scripturis contra eum, qui eas dedit, credendum esse, ni doceatur contrarium; sed tamen in causa mutui, excipiente Reo, literis non oportere stare, sed potius creditorem debere probare, ꝙ intendit. Et vtut sit, verum tamen est, quod diximus, hominũ auarorum tales reperiri fraudes, vt aduersus hæc ea videantur constituta. Sed vide nunc etiã, quid sit eiusmodi auarus in fraudẽ facturus? Accepto huiusmodi chirographo toto biennio tacebit, & sic bon⁹ ille reus cogetur soluere. Sed ad eiusmodi fraudes contra bonam legem constitutum & hoc est, vt possit & is, qui chirographũ hoc porrexit, statim & intra biennium illud ipsum suum chirographum repetere & condicere. *l. 7. & 3. D. d. tit. de non num. pec.* Et sic quidem de hoc hactenus. Fateor tamen homini diligenti & cordato ex textu ipso occurrere adhuc alia dubia, aliasque difficultates. Deinceps igitur rem difficilem ex sententia, vt spero, D. Cuiacii exponam. Et vt melius intelligatis pono casum. Ecce, Sempronius à Caio mutuò rogauit 100. & facienti tandem spem numerationis offert & porrigit chirographum, in quo, vt fit, scribit se accepisse 100, &c. Atqui tamen ea pecunia qualibet de causa postea non numeratur. Sempronius etiam qualibet de causa suum chirographũ negligit & non repetit. Caius post aliquot menses Sempronium ex dicto chirographo compellit & petit 100. quæ chirographo continentur. Negat reus se debere. Actor obiicit chirographum, & propriam confessionem. Manum & chirographum Sempronius agnoscit, sed tamen negat se obligatum, & eam pecuniam reuera numeratam. Quæritur quid iuris? Sanè olim apud ICtos hæc scriptura sine vera numeratione vim nullam habebat, & non obligabat, sed poterat Sempronius obiicere Caio, se non accepisse, quod probandũ erat actori. Verumtamen placuit deinceps Principibus, vt solùm ad certũ aliquod tempus, hodiè biennii, possit reus talẽ exceptionem obiicere, & vt post id tempus, hoc est, si intra id tempus exceptio non esset obiecta, obligaretur. Et sic dicunt literis obligationem contractam. Sed hic nunc quęritur, an igitur post bienniũ elapsum simpliciter & sine vlla exceptione soluenda sit pecunia, etsi fortè non accepit? Et sic videtur dicendum ex textibus. Sed hoc durum esse videtur. Sic igitur aiunt pleriq;, obligari eum quidem post biennium, si tamen possit probare ipse, pecuniam se non accepisse, audiendum. Ergò exceptionẽ poteris quidem postea semper, hoc est, post biennium obiicere, sed quam necessum est probare. Cætera breuitatis causa hoc tempore omitto. Tantum duas pulchras

quæstiones, quæ hic proponũtur, attingam. Nec enim possum in hac breui enarratione omnia exactè excutere. Quæritur, an, si debitor is chirographarius iurauit etiam de pecunia soluẽda, possit opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ? Et scribit Iustinianus *l. vlt. C. d. tit.* posse. Quod probo, & puto solidis fundamentis posse defendi, sed absit tamẽ fraus & dolosus animus. Quærit secundo Accurs. eo *tit C. l. 14.* de eo iure, cum quis renunciauit huic exceptioni; & ostendit pugnantes opiniones. Ego soleo dicere, hanc renunciationẽ pro ipsius materiæ loco intelligendam, vt habeat & ipsa tacitam conditionem: *Si numeraueris.* Aut sanè pro ratione circumstantiæ efficere eam, vt onus probandi incũbat excipienti. Sequitur text.

§. 1. Olim scriptura, &c.

Loquitur de patrumfamilias olim tabulis accepti expensique, in quibus etiam nomina creditorum & debitorũ solebant annotari. Sed his tabulis non semper fuit tutum, fidem adhibere, & vti magis cœperunt syngraphis siue chirographis. Vide Hottoman. Balduin. & D. Wesembec.

℣. Si quis debere se scripserit, &c.] Puta in syngrapho, in chirographo; de quibus vide Asconium. Et fiũt ferè manu ipsius debitoris cum sigillis, vide *l. 18. D. de solut. l. 5. §. 6. D. commodati.*

℣. Post multum temporis, &c.] Ante scilicet quinquennii, nunc ex constitutione Iustiniani biennii *l. 14. Cod. de non num pec.*

℣. Exceptionem opponere non potest, &c.] Et sic tenetur soluere. Sed ante hoc biennium, quandocunque monitus erit, potest exceptionem illam obiicere, & nisi actor probet, absoluitur. Hic verò, quãdo etiam sibi prospicient creditores veri & boni, fortè iureiurando debitoris. Sed dixi supra, etsi iste iurauerit in initio, se pecuniã soluturum, posse tamen eum ex sententia Iustiniani & Dd. exceptionem hanc obiicere. Aliud tamen dicunt Dd si non de pecunia soluenda iurauerit, sed eam se accepisse iurauerit. Tu tamen dic, prouidebit sibi creditor magis per testes, id est, vt pecuniam mutuam non det sine testibus.

℣. Nascatur condictio, &c.] Scilicet mutui. Quod si stipulatio interuenerit, ex stipulatu agi potest.

℣. Huiusmodi exceptio minimè extẽdatur, &c.] Hic, vt dixi, quæritur, anne eiusmodi exceptionẽ opponere adhuc possit debitor, si velit ipse assumere onus probãdi? Et textui consentaneum est, quod non. Hancque Felinus & alii dixerunt communem opinionem; etsi Fulgosius contrariam sententiam defendit vt communem. Sed ita sanè, nescio, qualis sit hæc literarum obligatio; & tantùm grauabuntur creditores. Et vt dicam, quod sentio, puto hanc odiosam exceptionem debitoris moribus apud nos obolevisse, præsertim cum non minores sint fraudes debitorum, quàm auarorum creditorum.

DE OBLIGATIONIBVS EX CONSENSV.

TITVLVS XXIII.



Onsensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis.

§. 1. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodò opus est, ac nec dari quicquam necesse est, vt substantiam capiat obligatio,

ligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire; vnde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuncium.

§.3. Item in his contractibus, alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cùm alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

COMMENTARII.

Sequitur quarta & vltima species contractuum, qui consensu fiunt, hoc est, solo consensu, sine rei interuentu, sine solemnibus verbis & literis. Eos recenset; Emptionem, Venditionem, Locationem, Conductionem, Societatem, Mandatum. De quibus deinceps ordine. Et nunc quidem hic in vniuersum huiusmodi contractuum species proponit, quæ deinceps ad singulas species pertinent.

℣. Neque præsentia, &c.] Respicit ad stipulationem, & innuit ex hoc, huiusmodi contractus, de quibus nunc agimus, inter absentes quoque celebrari posse; cui & hoc consequens est, vt & per literas, per nuncium, inter mutos, surdos, &c. contrahi possint, de quo *in l. 2. & l. 45. D. de oblig.*

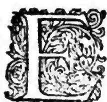
℣. Ac nec dari quicquam, &c.] Respicit ad contractus, qui re fiunt. Ex quo hoc comprobat, huiusmodi contractus absolui posse, etsi nihil datum vel factum adhuc sit solo consensu.

§.3. Item in his contractibus, &c.

Iterum ostendit differentiam; sed nunc saltem inter hos & stipulationem. Ait hos contractus ex eorum genere esse, qui vtrinque obligant, & proinde ex bona fide. De quo alibi, de actionibus bonæ fidei.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

TITVLVS XXIV.



Mptio & venditio contrahitur simulatque de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet. Nam nihil à nobis in huiusmodi emptionibus & venditionibus innouatum est, in iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta, & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta.

§. 1. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen

tamen impunè eis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsequuto, siue in scriptis, siue sine scriptis, venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, siquidem est emptor, perdit quod dedit: si verò venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

§. 3. Pretium autem constitui oportet. Nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet, alioqui si inter aliquos ita conuenerit, vt quanti Titius rem æstimauerit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, [constaretne venditio, an non?] Sed nostra decisio ita hoc constituit, vt quoties sic composita sit venditio: Quanti ille æstimauerit, sub hac conditione staret contractus, vt si quidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodò secundum eius æstimationem & pretium persoluatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod ius cùm in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus trahere. Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valdè quærebatur, veluti, an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere, vnde illud est, quod vulgò dicebatur, Permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse, argumentoque vtebantur Græco poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achiuorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis,

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν, οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι, Hoc est,
Affuit ex Lemno ratibus tunc copia vini.
Cæsarie insignes redimunt hinc vina Pelasgi,
Ære alii, ferro quidam lucente, bouinis
Tergoribus quidam, bubus plerique sed ipsis,
Mancipiis alii.

§. 4. Diuersæ scholæ auctores contrà sentiebant, aliudq; esse existimabant permuta-

permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem, alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse. Nam vtramque videri & venisse, & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, meritò præualuit, cùm & ipse aliis Homericis versibus adiuuabatur, & validioribus rationibus argumentabatur, quod & anteriores Diui Principes admiserunt, & in nostris Digestis latiùs significatur.

§. 5. Cùm autem emptio & venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio conuenerit) cùm sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, siue etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine deiectis, longè minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium soluere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.

§. 6. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluuionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum eius esse debet, cuius periculum est. Quod si fugerit homo, qui væniit, aut surreptus fuerit, ita vt neque dolus, neque culpa venditoris interuenerit, animaduertendum erit, an custodiam eius vsque ad traditionem venditor susceperit? Sanè enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus.

§. 7. Vtique tamen vendicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori, quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni iniuriæ actione.

§. 8. Emptio tam sub conditione, quàm purè contrahi potest. Sub conditione, veluti, Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

§. 9. Loca sacra vel religiosa, item publica (velut forum, basilicam) frustrà quis sciens emit, quæ tamen si pro sanis vel priuatis deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, vt consequatur, quòd sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro seruo emerit.

COMMENTARII.

Locvs continuationis nihil habet negotii. Ergò videamus cum Accursio de quibus potissimum hoc titulo dicendum sit; siue quæ sint præcipua capita in materia emptionis & venditionis; de quibus singulis singuli propè extant tit. *in pandect. & C.* Primò igitur dicemus, quo modo emptio & venditio contrahatur, siue quæ sint substantialia, vt vocant, huius contractus? Hęc etiam principiò indicabimus in breui definitione, de qua post diligentius, quæ sint præcipuæ & vsitatissimæ leges, id est, pacta emptionis & venditionis? Qui locus etiam de variis modis contrahendæ emptionis & venditionis docebit, quæ & qualis sit ex hoc contractu obligatio, & ad quid alter alteri obligetur? vbi etiam dicẽdum de periculo & commodo rei venditæ, ad quem pertineat? Quæ & quales sint ex eo contractu actiones? quibus maximè ex causis emptiones & venditiones inutiles fiant, siue rescindantur? quæ res emi & vendi possit? Potest etiam dici de personis. sed nonnulla sufficit ex præcedentib. doctrinis præsertim in loco de stipulationibus & de inutilibus stipulationibus repetere. Videamus breui aliqua descriptione, quid sit emptio & venditio siue contractus emptionis & venditionis? *Emptio & venditio est contractus bonæ fidei nudo consensu factus, de re certa, hoc est, merce, certo pretio pecunia numerata, in perpetuum domini siue dominii Iure obtinenda.* Dico *Contractus bonæ fidei*, quòd sit hic contractus ex illis, in quibus ex bona fide fit obligatio & præstatio, *vt sup. tit. prox. in fine.* Dico *nudo consensu factus*, vbi est causa efficiens. Et quoniam iste contractus solo consensu absoluitur, sine rei datione, sine solemnibus verbis & literis, vnde & inter absentes per nuncium, per literas contrahi emptio & venditio potest, *vt supra tit. prox.* de emptione tamen, quæ fit per scripturã monebimus postea. Dico *de re certa.* Emptio enim esse non potest, nisi alicuius rei & mercis & quidem certæ. Dico *pretio certo, & pecunia numerata.* Et in hoc discerno etiam ab aliis contractibus, quod prudenter faciendum est. Primò locatio est sine pretio, incertum pretium impedit obligationem, vt & incerta res siue merx. *vt infra.* Pretium numeratæ pecuniæ dinstinguit emptionem, & permutationem, &c. Dico, *domini siue dominii Iure obtinenda*, quoniam hic est emptionis contractus & finis, vt transferatur ipsius rei, id est, mercis dominium pro pretio; & sic fit alter dominus rei, hoc est, mercis, alter pretii. De quibus postea plura. Itaq; differt emptio & venditio à locatione, in qua non acquiritur mercis, id est, rei dominiũ, sed vsus pro pretio. Sed hic igitur & illud notandum, cùm in emptione pretium pro merce Iure dominii obtinenda datur, debere etiam pretiũ hoc æquiualens esse, id est, quod valore & æstimatione sua æquet mercẽ, vt vicissim merx pretium æquare debet; de quibus postea plura videbimus. Addo *in perpetuum.* Et sic distinguo hinc mutuum, in quo quidem transfertur etiam dominium, sed nõ in perpetuum, quantum ad genus. Emptor autem ius repetendi pretium nunquam habet, vt nec venditor ius repetendi mercem. Interim tamen non nego, posse fieri pactum de reuendendo; de quo postea. Et hic vides, cùm sic dicuntur res reddi, vt sors etiam repeti possit, simulatam esse emptionem & venditionem, & falsi vsurarios in mutua pecunia sub specie emptionis. Et hactenus de definitione. Ex qua hoc nunc notabitis huius contractus substantialia, vt vocant, hoc est, quæ ad substantiam eius pertinent, & sine quibus emptio & venditio esse non potest, vt supra *tit. prox.* facta est mẽtio substantiæ, esse hæc tria, *merx certa*, id est, res quæ væneat, *pretium*, quod dico oportere esse certum, & *pecunia numerata.* Item *vtriusq; consensum.* Possunt alia accedere, quæ tamen ad substantiam non pertinent, & vocant accidentalia contractus. Vulgò faciunt alia substantialia, alia naturalia, alia accidentalia, & sæpè miratus sum.

sanè

Sanè monet dominus Cuiacius, substantiam & naturam &, substantialia & naturalia eadem esse. Et hæc obiter. Nunc pergo in his, quæ propono & tracto. Ea, quæ dico substantialia esse, pulchrè indicatur in hoc ipso textu. Sic enim inquit: *Emptio & venditio contrahitur simulatq; de pretio conuenerit*, intellige de certa merce. Sed nunc de nonnullis superioribus paulò plenius. Primò, quod ad pretium attinet, dixi inter alia conuenire negotio & contractui, vt pretium sit iustum, nempe, vt par detur pro pari; quod tamen intellige collatis omnibus circumstantiis. Neq; hoc iniustum est, laborum etiam atq; omnium impendiorum in vendendis rebus habere rationē, sed saltem sit modus etiam lucri & incommodorum, quæ æstimantur. Nec putandum est, in mutua pecunia vsuras esse prohibitas, & in aliis tantùm contractibus impunè licere fraudare, opprimere & exsugere. Et quia hæc plerumq; fiunt, Esaias Propheta mercaturam comparat arti meretriciæ. Vide Esaiæ 23. vide etiam Ezech. 28. Quod si quærat quis, quis igitur modus seruari debeat ex præscripto diuinæ legis? Respondebo illi, hoc tibi conscientia verbo Dei edocta optimè docebit: *Id fac, quod tibi fieri velis*. Sed hæc non curas. Audi saltem constitutiones humanas & ciuiles. Primùm leges nostræ seuerè damnant monopolarum auaritiam grauantium pro sua libidine annonam, de quo *C. de monopoliis, & D. ad l. Iul de annona*. & in iure Sax. *lib. 3. art. 66.* & videbimus Deo dante *lib. 4. tit. vlt.* Nunc aliàs, ad æqualitatem in emendo & vendendo quod attinet, imprimis hoc scias, legibus his ciuilibus non omnia ad viuum resecari potuisse. Et aiunt leges, posse ab altero alterum emēdo vendendoque circumueniri; nimirum, vt res pluris væneat, quàm valet, aut rursus vilius ematur; & ob hoc contractum non rescindunt. *l. 22. §. vlt D. locati.* Sed nihil hic dicam de Philosophis. Audi ICtum, Accursium & communem glossographum. *Quod lex*, inquit, *docet, licere contrahentibus se decipere, id tamen nequaquam conuenit viro bono.* Notatur *in l semper in conuentionibus. D de regulis iuris.* vbi inquit textus: *Semper in conuentionibus non modò quod licet, sed & quod honestum est, considerandum esse.* Et anbi: Non omne, quod licet, honestum est. *l. non esse, d. tit.* Sanè tamen, si quis composito dolo alterum circumuenire voluit, & ita decepit, non impunè fert, sed agere licet, vt rescindatur ea emptio & venditio. *l. si quis affirmauerit. D de dolo malo. l 5. C. de rescind. vend.* Sed & si dolus talis non sit adhibitus, aliàs tamen ex negotio sit enormis illa læsio, succurrunt Principes, *vt in leg. 2. Cod. de rescindenda vendit.* Et de hoc sic constitutum est, vt si venditor dimidium iusti pretii non sit consecutus, veluti si res, quam vendidit quatuor, valeat decem, potest agere, vt res restituatur, nisi malit emptor id, quod deest, iusto pretio superaddere. Ergò vt vides, enormem læsionem vocant, cùm quis læsus est supra dimidium. Sed quid, si emptor sit læsus vltra dimidium? Equidem trahunt *dict. l. 2.* etiam ad emptorem, & rectè; eadem est enim æquitas. Quando autem emptor vltra dimidium læsus sit, disputatum est. Et ostendit Carolus Molinæus contra quasdam argutias Doctorum, non, si quod valet decē, emptum sit sedecim, sed, si emptum id sit viginti & vno, vltra dimidium iusti pretii dedisse emptorem. Quod & Cuiacius probat. Atqui hæc de pretio & merce.

Nunc de consensu. Et quidem consensus non tantùm per metum, sed & per errorem impeditur. Metu extorta emptio & venditio nullius momenti est. Sed & si error commissus sit circa rem in corpore, materia, substātiae, vel etiam in qualitate, regulariter emptio non consistit. Vide de hoc *l. 9. 11. 14. D eodem. l 21. § quamuis D. de action. empti.* & dixi supra *titul. de inutil stipulat.* Porrò verò, quod si etiam non sit omninò is dolus adhibitus, nec erratum, ita sed alioquin, quantum ad mercem venditum sit, quod corruptum, scissum vitiosumuè sit,

vt emptoris tamen interfit vitiosum non esse, qui nec id sciuit; Ædiles emptionem rescindunt redhibitorio iudicio, de quo vide *l.11. & 13. D. de act. empti. & D. tit. de adilitio edicto.* Equidem voluerunt Ædiles emptorem per venditorem de vitiis rerum venalium commonefieri. Et hæc pluribus persequitur Cic. *lib. de Offic.* 3. Sed hic tamen suis disputationibus Philosophicis à foro ciuili videtur abripi, id quod pluribus ostenderem, si tempus pateretur. Videte diligenter *d. tit. D. de adilitio edicto. item l. ea, qua 34. D. eodem.* Hæc igitur de substantialibus huius contractus; vbi etiam dictum est, quibus propè ex causis emptiones & venditiones rescindi possint. Huc quoq; pertinet, quod ad res, quæ vendi possint vel non, referatur. Quod si id venditum sit, quod habere non licet ipsi emptori ignoranti, tenebitur venditor emptori actione ex empto ad id, quod interest, se deceptum non fuisse *l. 62. & l. 70. D. eod. & infr. eod. §. loca sacra.*

Nunc videamus de loco quodam diuisionis, & de varia emptione & venditione. Emptio & venditio, vt & alii cōtractus, multis modis fit, purè & sub cōditione, *§. emptio. infra eod.* Sunt enim variæ omninò emptiones conditionales, siue conditiones emptionum & venditionum; & quæ iam valent, quædam non, nempe, cum substantialia ipsa non consistunt. Venditio sic: *Vendo tibi rem, si de pretio ex arbitrio Maeuii conuenerit*, & valet emptio, sed suspenditur; de quo infra, *§. sed & certum & l. vltim. C. eod.* Sic & talis conditio benè additur: *Si intra decem dies placuerit, sit tibi res empta* 20. de qua itidem infra textus. Alia est conditio huic contraria: *Si tibi intra dies 20. displicuerit, sit inempta:* vide *l. 3. D. eod.* Alia, si intra 20. dies alius meliorem conditionem non obtulerit, sit empta, vel: *si obtulerit, sit inempta.* Et hæc dicitur in diem addictio, *D. de in diem addict. & ibi in l. 2.* Alia, *si ad istum diem pretium non soluatur, sit inempta.* & dicitur lex siue conditio cōmissoria, *D. de lege commissoria.* Solet etiā ita vendi, *vt: Si intra certos annos restituatur pretium, res veluti redempta restituatur. l. 2. C. de pact. inter emptorem & venditorem, l. qui fundum. D. nostro tit.* Et hoc vocant pactum de reuendendo. Et plerumque talis conditio de redemptione in familiam conferri solet, cum præsertim venduntur res immobiles, sonderlich Stammgüter. Et quorundam moribus tales res, inuitis proximioribus cognatis, qui æquali pretio emere parati sunt, aliis vendere non licet, vt apud Saxones. vide *lib. 1.* Landtrecht/*art. 52.* & quæ ibi notantur. Fuit olim id ius etiam apud Romanos, vide *l. dudum. C. eod.* Et hæc igitur de conditionibus vtilibus emptionum. Tales conditiones: *Vendo, si voles, si volo, quanti voles*, vtilem & certam emptionem non efficiunt, vide *l. hac venditio. l. quod sæpè. §. 2. D. eo l. in vendentis. C. eod.* Porrò verò, fiunt & aliter multis modis venditiones & emptiones. Nam emuntur res certæ, incertæ, in genere & ad pondus, ad mensuram, ad numerum, cum quis emit tot metretas, tot modios. Item ad degustationem. Vide *d. l. quod sæpè §. in his. l. 2. C. de periculo & commodo rei vendita. & t. D. de periculo rei vendita. l. 34. §. alia D nostro tit.* Hoc amplius fit etiam hic contractus regulariter quidem, sine scriptura, sed nonnunquam tamen etiam interueniente scriptura. *l. 2. D eod.* Atqui ex his, quod ad perfectionem siue ad absolutionem contractus attinet, item, quod ad periculum rei attinet, facilè est aliquid differentiæ. Ergò nunc de his videamus, quando contractus perficiatur, & quorsum ea res pertineat? Postea de obligatione. *Emptio & venditio*, inquit, *contrahitur, simulatq; de pretio conuenerit.* Intellige, vt dixi, de pretio certo, *infra eodem. §. pretium & numerata pecunia, §. item pretium.* & rursus pro re itidem, id est, merce certa *l. 8. D. eodem.* Quod autem nunc inquit: *Simulatq; de pretio conuenerit*, intelligo sic, etsi nihil amplius hinc inde secutum sit, id est, nec pretium datum adhuc, nec res tradita, nec etiam arrha data. Quod inquit, *Contrahitur.*

tur, sic accipe, ita contractam esse emptionem & venditionem, vt iam, altero inuito, ab eo contractu discedere non liceat; sed sit nunc alter alteri obligatus, emptor ad dandum deinceps pretium, venditor ad rem ipsam tradendam. Vide *l. 1. § fin. D eod. l. 8. D. de peric. rei vend l. si quid. C. de obligationibus.* Amplius etiam hæc huius contractus absolutio atque perfectio eò pertinet, vt iam tum, licet nondum sit hinc inde datum traditumuè, periculum & commodum rei emptæ ad emptorem pertineat, id est, si quid in ea re, vel circa eam rem, commodi vel incommodi acciderit, de quo infra, §. *quod autem.* Et quod diximus, ita statim emptionem & venditionem ad prædictos effectus esse contractam, intellige & accipe, si puta sit emptio & venditio, & sine scriptis contracta. Nam sub conditione contracta perficietur existente conditione. Vide *l. 7. D. eod. l. 8. D. de periculo rei vend.* In scriptis contracta, absoluta demum scriptura, perfecta erit. De quo plura in textu.

Nunc de obligatione. Et quidem venditor deinceps obligatus ad hoc saltem est, vt rem venditam emptori tradat. Qua tamen in re de euictione etiam tenetur, hoc est, euictionem præstabit. Emptor verò ad hoc astringitur, vt pretium conuentum det, & venditori satisfaciat. Et emptor quidem dare cogitur oblata prius re, & sic venditor quoque tradere, oblato pretio. Et sic ex hoc contractu hinc inde est obligatio, id est, vtrinque, & quidem æquè principaliter. De quibus vide *leg. 1. l. ex empto. l. Iulianus, §. offerri. D. de actionib. empti. l. clauib. D. nostro tit. l. 1. D. de rer. permutat.* Amplius, quoad obligationem, verum quidem est, statim vbi emptio & venditio perfecta est, periculum & commodum pertinere ad emptorem; sed tamen venditor vsq; ad traditionem debet in ea re diligentiam & custodiam, non quidem exactissimam, sed eam, quæ exigitur à diligenti & bono patrefamiliàs. Et sic obligatur ad leuem vsq; culpam. Et proinde quod dicimus, periculum iam tum etiam pertinere ad emptorem, intellige id cum hac limitatione, nisi dolo vel tali culpa venditoris aliquid acciderit. Vide de his post §. nostrum *l. quod sæpè, § si res D. eod. l. 3. D de pericul & commodo rei venditæ leg. vltim. Codic. ibidem.*

Nouissimè dicendum est de actionibus, & qualis est causa, talis etiam relinquitur effectus. Sunt igitur ex tali obligatione bonæ fidei vtrinque etiam actiones. Emptor aduersus venditorem agit actione ex empto; venditor verò aduersus eum actione ex vendito. Et sunt hæ actiones ciuiles, in personam directæ vtrinque, rei persecutoriæ, bonæ fidei, perpetuæ, quæque heredibus & in heredes competunt, & proponuntur pro natura negotii & casus, vt iam sæpè ostendi. Verbi gratia: *Si Titius à Mæuio emit Corpus Iuris cum Glossa impressum Lugduni aureis 20. & Mæuius oblato pretio ees tradere nolit, fortè pœnitentia ductus, quia ab alio melior conditio offeratur, ita narrabit Titius, & petet, Mæuium condemnari & cogi, vt prædictos libros sibi actori eorundem librorum emptori offerenti pretium conuentum bona fide tradat, &c.* vt iam sæpè ostendimus, de ratione conficiẽdi libelli, de qua, Deo dante, alibi generalem doctrinam & rationem concipiemus. Hæc hactenus de tota materia tractatus. Deinceps ad textum. De rebus, quæ emi & vendi possunt, vide etiam tit. *C. quæ res vendi possint.* Et de hac doctrina suprà in stipulationibus, vt & de personis, præsertim in tit. *De inutilibus stipulationibus.*

℣. Nam quod arrhæ nomine, &c.] Arrha datur in argumentum contractus, vt in sponsalibus etiam videre licet. Solet eam dare Sponsus Sponsæ; hic dat emptor venditori. Et ait Iustinianus, perfectam esse emptionem & venditionem, etiam sine arrha. Quorsum hæc perfectio, supra dixi. Et qui temerè deserit contractum, tenetur ad id, quod alterius interest. *l. 1. D. de actionibus*

empti. Artha igitur ad substantiam contractus non pertinet. Vide *l. quod sæpè D. eodem.* Sed sanè si data sit, habet tamen etiam suum effectum; cuius meminit textus hic in fine §. 1 *Si data sit*, inquit *arrha, non licet impunè ab eo contractu recedere, sed emptor discedens amittit, quod dedit arrhæ nomine. Si venditorem pœnitet, reddet arrham dupliciter.* Hoc quomodo intelligendum sit, quæritur, An contractus nondum perfectus data arrha possit reuocari? Sed non datur, vt opinor, arrha, nisi perfecto iam contractu, nempe per consensum. Secundò, an igitur contractus perfectus, si data sit arrha, possit rescindi saltem, si quis in arrha damnum pati velit? Hoc videtur absurdum. Verius ergò est teneri istum & ad id, quod interest, & rursus ad amissionem illius, quod est ex arrha. Et sic mihi videtur hunc locum intellexisse D. D. Wesembecius.

℣. Et hoc quidem de Emptionibus, &c.] Emptiones, vt dixi, plerumque fiunt, nudo consensu, etiam sine vlla scriptura, licet possit memoriæ & probationis causa contracta iam emptio & venditio comprehendi, id quod vsitatum est. Sed scriptura tamen hæc ad substantiam contractus non pertinet. Nonnunquam verò hanc etiam legem dant contrahentes emptioni & venditioni, vt non aliter rata sit emptio & venditio, quàm de ea instrumentum sit confectum, priuatum vel publicum, vt hic in textu. Et ita scriptura dicitur contrahi emptio & venditio, & non perficitur solo consensu, & ante instrumentum perfectum, siue pecunia numerata, puta specie. Ea disputatio peruasit scholas Iurisconsultorum; vt sectæ fuerint inter Sabinianos & Proculianos. Sabinianus emptionem putabat esse ex permutatione specierum, & argumentabatur ab auctoritate, puta Homeri, & à veteri itidem ratione comparandi merces. Sed, quicquid sit, soleo dicere, mihi Sabini argumenta parum firma videri. Proculi sententia ex rationibus & fontibus iuris verior est, quam & hic Iustinianus sequitur. Ergò pro conclusione aliud est emptio & venditio, aliud permutatio specierum. Neque est certamen de vocibus, sed est differentia realis, vt vocant. Nam in emptione verè pretium est, quod consistit siue constat genere. Atqui naturæ ratio facit, quod interitu speciei, (intellige, sine culpa) liberetur debitor; non interit genus sed species. Sed de differentia inter emptionem & permutationem illam, infra audiemus.

℣. Periculum rei venditæ, &c. in §. 5.] Hoc saltem verum est in emptione pura & speciei & rei, quæ simpliciter venditur, non ad pondus, ad degustationem, &c. de quo admonet hic gloss. *in verbo, statim.* Et amplius tamen adhuc, vt dixi, distinguitur, nisi id periculum acciderit dolo, aut culpa, itemque post moram venditoris. De quo vide *D. de periculo & comm. rei vend l 1 & L necessario.* In summa, si constat, quid, quale, quantumuè id sit, quod vænierit, & purè id vænit, & absit culpa vẽditoris, verum est, periculum esse emptoris. Interim tamen & hoc generaliter obtinet, vt contractus legem accipiant ex conuentione. Et huc pertinet *l quod sæpè. 35. §. si res. D. eod.* Sed adhuc tamen hic quæritur, cur periculum emptoris sit, cum non sit dominus ante rei traditionem, *vt infra. §. seq.* Aiunt, id ideò fieri, quia iam venditor debitor est rei. Debitor autem, vt iam ante etiam dixi, interitu speciei liberatur; ad quod allegatur *l. si ex legato. D. de verb. oblig.* Addendum etiam hoc est, vt periculum ad emptorem pertinet, ita vicissim & commodum ad eum spectat. Vide *l 7. D. d. tit. de periculo & comm. rei vend. item l secundum naturam.. D. de regul. iur.*

§. 7. Vtique tamen vindicationem, &c.

Pericula rerum venditarum, veluti incendia, furta, damna, ad emptorem, vt diximus, perti-

pertinent, etsi dominus non sit, *vt hic*. Iustum igitur & hoc censuerunt, vt actiones, quæ competunt domino à domino, hoc est, venditore, cedantur emptori *ita hic & in d.l. quod sæpè.§ si res.cum concordantib.*

De §. finali diximus supra. Et vide *tit. C. quæ res vendi non possint; & qui vendere vel mercari vetantur*, vbi hoc etiam nota, neminem cogi vt emat, vel vendat. Sunt enim contractus liberæ voluntatis *l. inuitum. & l. dudum. Codic. eodem. l. sicut. Codic. de actionibus.*

DE LOCATIONE ET CONDVCTIONE.

TITVLVS XXV.



LOcatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque Iuris regulis consistit. Nam vt emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio conuenerit, sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit; & competit locatori quidem locati actio, conductori verò conducti. Et quæ suprà diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit.

§. 2. Qua de causa si fulloni polienda curandauè, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantùm daturus, quantum inter eos conuenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur. Præterea sicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam vtendam siue fruendam tibi aliquis dederit, & inuicem à te vtendam siue fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus, veluti si cùm vnum bouem quis haberet, & vicinus eius vnum, placuerit inter eos, vt per denos dies inuicem boues commodarent, vt opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit commodatum gratuitum, verùm præscriptis verbis agendum est.

§. 3. Adeò autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, vt in quibusdam causis quæri soleat, vtrùm emptio & venditio cōtrahatur, an locatio & conductio; vt ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, vt quamdiu pensio siue reditus pro his domino præstetur, neq; ipsi conductori, neq; heredi eius,

cuiuè

cuiuè conductor heresuè eius id prædium vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, aliouè quocunque modo alienauerit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, L. Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, & si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin autem particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire, quo iure vtimur.

§. 4. Item quæritur, si cum aurifice Titius conuenerit, vt is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet (verbi gratia) decem aureos, vtrùm emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit tantùm emptionem & venditionem contrahi. Quòd si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.

§. 5. Conductor [autem] omnia secundum legem conductionis facere debet, & si quid in lege prætermissum fuerit, id est, bono & æquo præstare. Qui pro vsu aut vestimentorum, aut argenti, aut iumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamiliâs suis rebus adhibet, quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres eius eodem iure in conductione succedit.

COMMENTARII.

VIDIMUS, quæ sit æquitas, quæ leges iustitiæ & æqualitatis, circa emptionem & venditionem; nunc de locatione & conductione, non minus necessariis humano generi, quam ait emptioni & venditioni esse proximam, iisdemque constare regulis. Proxima est, quoniam, si vicino & amico rem dare & gratis concedere non vis, nec eam pro iusto pretio perpetuo dominio abalienare, saltem hoc, vt ad similitudinem quandam emptionis & venditionis vsum eius rei pro certa mercede concedas. Proxima etiam est eo ipso, quòd iisdem constat regulis. Ergò breuiter, vt emptio solo consensu contrahitur, sic & locatio & conductio, *vt hic* §. 1. Vt in emptione debet esse merx, pretium & consensus, quæ sunt substantia; sic & hic oportet esse rem, quæ locetur & conducatur, pretium, quam mercedem vocant, & consensum *eod. nostro* §. 1. Vt emptio potest cōferri in arbitrium tertii, vt sit conditionalis conductio & locatio, ita quoq; &c. §. 2. Rursus, vt in emptione & venditione pretium etiam certum esse debet, & numeratæ pecuniæ; sic & hic accidit in locatione & conductione, *d.* §. 2. & 3. Ad extremum,

tremum, vt in emptione & venditione vtrinque est obligatio & actio bonæ fidei ex æquo bono; sic in locatione & conductione, *vt hic in* §. *1.* Illud etiam addi potest, vt in emptione & venditione pretium esse iustum decet & æquale; sic in locatione hic dici potest de mercede. Proxima igitur est & similis locatio & conductio emptioni & venditioni. Emptio tamen & venditio non est. Et nunc potissimùm hoc interest, vt fontem aperiam, quod in emptione ipsius rei & mercis dominium transferatur, in locatione & conductione non, sed maneat rei dominium penes dominum veterem, vsus tantùm rei pro mercede concedatur. Vnde conuenit, etiam hic pretium siue mercedem non rei sed vsui saltem tali comparari. Illud etiam scias, locationem & conductionem dupliciter considerari. Vel enim personarum siue hominum operæ locantur & conducuntur, vel rerum aliquarum vsus. Personarum operæ; vt cum ita conuenit, vt aliquid facias accepta mercede; vbi notus sit versus in Sapientia Syracidis: *Qui mercenarium siue laborantem sua fraudat mercede, sanguinem effundit.* Rerum vsus locatur, vt cũ do mercedem pro vsu domus. Ergò dicemus, locationem & conductionem esse contractum bonæ fidei, nudo cõsensu factum siue initũ de re aliqua certa mercede facienda, vel ad tempus vtenda. Ita Hottomannus. Et hæc definitio ex superioribus satis conspicua est. Nunc videamus paulò diligentius obligationem & actionem. Quod ad obligationem vniuersam & generalem attinet pulchrè admodum scribitur in §. finali: *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. Et si quid in lege prætermissum fuit, id ex æquo & bono præstare debet.* quasi dicat: Si quid æquum, bonum erit, si quid pium, si quid sanctum & honestum, hoc cõductor præstare debet, etsi de eo ab initio non conuenerit. Et sanè, si loquimur de conductione hospitii & habitationis, cogitet is hospitii ius semper sanctissimum esse habitum. Et veteres malos & ingratos hospites prouerbiali sermone notarunt, his similitudinibus: *Mus in pera. Ignis in sinu, serpens in gremio.* Vide *in cap. Ecclesiast. 13. quæst. 1.* Sæpissimè dico, & scio verum esse, quando in nostris negotiis & contractibus sumus iniquiores & inhumaniores, fieri vt cum æquum non detur, (æquum dico, vt paulò ante exposui, quod pulchrum, quod laudabile est, & cogitandum etiam erat prouerbium apud veteres laudatum: *Lex etiam ipsa regio; leges apud hospites accipere decet, non ferre.*) iniquum exigatur. Et ille dicebat, quando nolumus dare & soluere debita, cogimur sæpè dare indebita. Sed videamus cætera verba textus huc pertinentia. Ait amplius: *Qui pro vsu rei mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfam. rebus eius adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuitò eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.* Huc pertinet & *l. si merces 25. §. pen. D. eod.* Ex quibus locis in summa hoc notabis, conductorem in re conducta teneri de dolo, & culpa etiam leui, sed casum fortuitum pertinere ad ipsum dominum locatorem. An conductor de leuissima quoq; culpa teneatur, quæsitum est? Et ita videtur ex his textibus. Sed aliter loquitur textus *in l. 3. D. nautæ, caupones, stabularii, &c.* Et ratio ipsa obstat, quam docet *l. si vt 5. §. nunc videndum. D. commodati,* & dixi supra. Verùm, aiunt, superlatiuum hic poni pro positiuo. Vide gloss. hic *in verbo diligentissimus.* Et hæc est obligatio conductoris.

Locator, vt de summa aliquid dicam, tenetur rem locatam eam præstare, vt possit ea commodè ad vsus suos conductor vti. *l. ex conducto 15. D. eod.* Sed de hoc postea. Iam dantur hinc actiones. Locatori actio locati; conductori, conducti siue ex conducto, quæ sunt actiones in personam comparatæ, ciuiles, vtrinque directæ, rei persecutoriæ, bonæ fidei, perpetuæ, quæque heredibus & in heredes competunt, earumque formula est talis, vt qui agit, narret factum & casum;

& petat aduersarium cogi & condemnari ad id, quod eundem iuxta naturam contractus facere ac præstare oportet. Verbi gratia:

Coram vobis, &c. proponit Titius Actor contra Caium Reum & dicit, quòd ei ante annum locauerit domum siue habitationem aureis 12. in annum & vsum liberum & commodum habitandi præstitus, quodque ipse eam domum & habitationem sua negligentia & culpa multis modis deteriorem reddiderit, & corruperit, nec adhuc cesset, ita re conducta turpiter & perniciosè abutēdo, singula corrumpere, fenestras confringere, &c. Quod quia cum lege conductionis & bona fide pugnat, petit vestra sententia pronunciari, id reo non licere, & licere sibi actori ex hac causa Reum expellere, conductoremq; ex hac causa expulsum oportere mercedē locationis persoluere, & id omne, quod per eum damni datū est, resarcire, &c. Super quib. omnibus postulat sibi ius & iustitiam administrari.

Et hactenus quidem ista generaliter; vbi etiam notandum, conductorem, si moram fecerit in soluenda pensione siue mercede, ad vsuras quoq; teneri, *l. præses 17. C. eo. tit.* Equidem, ne boni homines ab ingratis semper decipiātur, obseruare debebant illud, quod scribit Syracides cap. 11. *Non quemuis hominem in domum tuam admittito.* Veteres dixerunt, & fuit id symbolum Pytagoricum: *Hirundinem domi tua non habeas.* Hirundo enim, cum sub nostro tecto educatur, abit, nulla relata gratia communicati hospitii. Sed videamus nunc quædam singulariter de hospitio domus. Imprimis igitur ex natura huius contractus hoc fit, vt si quis habitationem tibi locauerit, eamque tu conduxeris certo pretio, iam contracta sit obligatio, à qua temere non liceat recedere; sed cogitur vterque stare pactis, & conuentioni. Quod docebit *hic §. 1.* Non poterit etiam locator intra tempora conductionis expellere conductorem, nisi pensionem non soluat, ad quod tamen definitum est biennium nostris legibus. *l. æde, l. si olei C. eod. l. quæro. §. inter locatorem, l. cum domini. D. eodem.* Sed tamen, qui in pensione soluenda alioquin non cessat, expelli ritè potest ex his causis. 1. Si ipse locator inhabitare ædes pro sua necessitate debeat ac velit. 2. Si corrigere & restaurare domum debeat. 3. Et hoc benè tributum est domino & locatori; si conductor peruersè & malitiosè corrumpat, vel malè & flagitiosè vtatur domo & habitatione, *dict. l. æde. C. ex his causis rectè expellitur.* Sed quatenus ante tempus expellitur, remittenda est eatenus merces, disputatur in gloss. *d. l. æde.* Equidem quemadmodum locator iuxta ea, quæ dixi, inuitum conductorem expellere non potest; sic & conductor inuito locatore ante tempus discedere non potest, ita vt de merce detrahat, *l. habitatores. D. eodem.* Sed hoc tamen verum est, cum hac exceptione, nisi iustissima aliqua causa & necessitas adsit. Exemplum aliqui adferunt; si publica lues & pestis infecerit aërem illius loci. Vide *d. l. habitatores.* & nota eius legis summam humanitatem. Quæro, an & locator tali casu infectum peste è domo sua repellere possit ad publicum Nosocomion? Respondi aliquando interrogatus de facto, tempore pestis in explicatione libelli domini Præceptoris, posse. Et adhuc puto verum, vt seruetur æqualitas, argumento gloss. *in l. 24. D. eod.* Illud etiam notandum, finito tempore locationis, si conductor tacente locatore remaneat in conductione, reconducere ipsum videri ad annum colonum, inquilinum verò prout habitauerit. *l. 16. C. eod. l. item quæritur, § fin. D. eod. cum l. sequenti.* Notandum etiam, posse conductorem certi temporis aliis locare rem conductam. *l. nemo 6. C. eod.* sed hoc tamen ita, vt non substituat inuito locatore hominem minimè tolerandum, vagum, tumultuatorem, noctiuagum. Et id benè monet Accurs. hic in fine. Et, vt dixi supra, talem nec hospes ipse siue locator non cogitur ferre. An autem hic etiam remittenda sit eatenus merces, video disputari, de quo vide supra allegatam gloss. Amplius adhuc scias, regulam esse; emptorem fundi non oportere stare:

ſtare colono, niſi tamen ea lege emptio facta ſit; ſed interea tamen venditor conductori tenetur ob violatā fidem. *l. emptor C. eo.*

Sed iā de conductore domus. Is imprimis, vt ſupra geratim dictum eſt, debet in re conducta ita verſari, vt bonus, fidelis & diligens paterfamiliàs, & ſi extra vel ſupra hoc aliquid incommodi vel damni accidit in re cōducta, id locator ſuis impenſis reſarcire & reſtaurare debet. Poteſt & conductor reſtituere, vt cedat in diminutionem mercedis. Vide *l. ex conducto. cum ſimil. D. eod.* Atque finita deinceps conductione, rem conductam bona fide integram & incorruptam reddet & reſtituet. Et hoc nomine, id eſt, pro mercede & pro deterioratione ea, quæ ab eo inuecta & illata ſunt, tacitè obligatur & oppignoratur. *l. certi iuris. 5. C. eod. & l. Pompon. 2. D. ex quib. cauſis tacitè pignus contrahatur.*

§. 2. Qua de cauſa ſi fulloni, &c.

Vidimus, quæ ſint ſubſtantialia huius contractus, quæq; eius definitio. Deinceps proponit aliquot ſpecies, in quibus quæritur & ambigitur de natura contractus, locatio ſit nec ne? Huc pertinet præſens §. *cum ſequenti.* & amplius §. *adeo,* §. *item quæritur.* & vide *l. ſi tibi polienda l. ſi gratuitā 17. §. ſi cum. D. de præſcriptis verb. actionib.* In his primis §§. non modo hoc quæritur, locatio ſit nec ne; ſed etiam cum oſtenditur locationē non eſſe, quæritur quis ſit igitur contractus, & qua actione agendum ſit? Equidem placuit, iſtas conuentiones, de quibus hic agitur, & his ſimiles non manere in nuda conuentione & nudo pacto, licet non tranſeant in nomen aliquod certi contractus. Contractus igitur eſſe noluerunt. Sed vocarunt contractus innominatos, qui tamen accedunt ad naturam contractuum nominatorum, vt videantur negotia eſſe ſimilima emptioni & venditioni, locationi, mandato, &c. Dat quis, vt alius det, dat vt alius faciat. Facit vt det, facit vt faciat, permutationes equidem ſunt omnes contractus, ſed prodito inuentoq; nummo aliud eſt emptio & venditio, & aliud permutatio, & aliud locatio & conductio. Cum cōueni, vt dem Bartolum pro Baldo, permutatio eſt, & contractus, *do vt des,* non emptio. Cum ita conuenit, vt veſtem ſarcias, & poſtea dem quantum conuenerit, eſt negotium tale contractum, *dabo vt facias.* Cum meum bouem vtendum do, vt tuum vtendum recipiam, non eſt verè permutatio, *do vt des,* ſed negotium, *faciam vt facias.* Sed quorſum, & in quo differentia hæc cōtractuum iſtorum innominatorum, & illorum nominatorum? Hic enim finis eſt ſuperioris diſputationis inter Sabinianos & Proculianos. Sanè in emptione aliud eſt merx, aliud pretium, cum in permutatione vtrumq;, merx & pretium, eſſe videatur, *ſupra tit. de emptione* Emptio ad hoc prodita eſt, vt ex nudo ſoloq; conſenſu naſcatur obligatio; permutatio ita recepta non eſt. Itaq; etiam, etſi in emptione nihil ſit aliud ſecutū, obligatio contracta eſt; in permutatione niſi quid datum vel factū ſit, id eſt, niſi res ſecuta ſit, obligatio ciuilis cōtracta non eſt *l 1 D. de rer. permutatione* In emptione vterq; præcisè obligatur ad contractū implendum; emptor de pretio, venditor de re tradenda. In permutatione etiam re ſecuta poteſt is, qui rem accepit, conueniri, vt viciſſim det, vel vt rem receptam reſtituat. Ex emptione vtrinq; actio eſt, ex empto, ex vendito; in permutatione actio eſt præſcriptis verbis, qua agitur ſecundū præſcriptam cōuentionem. *d. l. 1. de rer. permut.* In emptione venditor pretiū debet, quod in genere conſiſtit & non perit. Cum ſic cōueni, vt meum Bart. pro tuo Baldo dem, loco pretii alterutrū erit, ſed ſpecies eſt quæ interit. Vides quibus fundamētis nitantur Proculiani; & Sabini argumentū infirmum eſſe à teſtimoniis, ſiue pronunciatis. Nec etiam, vbi verbū eſt, ibi ſemper quoq; propriè res ipſa eſt, de quo vide Dialect. Rodol. Agric. Et de his ſup. *tit. præcedēti.* Porrò q̄ dixi de vna permutatione, ea intellige quoq; de aliis cōtractibus innominatis, quorū omniū ſimilis ferè natura eſt, quoad genus. Et vide *l. natur. D. de præſc. verb.*

Quo ad §. postea sequentem (*item quaeritur*) nota, non esse locationem, quotiens materia, in qua aliquid praestari debet, immutatur aut alienatur. Etsi autem potest dici, ibi operarum esse locationem, tamen res ex priori denominanda est. Itaque emptio est in ista specie.

§. 3. Adeo autem aliquam, &c.

Locatio & conductio rerum est mobilium & immobilium, item tam praedii vrbani siue domus, quàm praedii rustici & fundorum. De quo videre licet *D. eod. tit. & praesertim. l. ex conducto 15. l. si merces 25.* Pertinēt igitur huc etiam contractus Colonarii, praesertim cum ad pecuniam numeratam conduxit colonus is. Sed tamen sunt admodum varii hi contractus colonarii, prout placet domino fundi fundum suum elocare. Interim de aequitate contractus ex iure & apud Iurisconsultos quaeritur. Verum ita placet, vt colonus fundum alienum colat, & partem aliquam certam fructuum loco pensionis det; caetera ipse habeat pro cultura. Et hunc vocant colonum partiarium *d. l. 25. § vis maior.* Placuit etiam, vt fundi quidam, ne facile manerent inculti, & vt opera colonorum efficerentur meliores & fertiliores, in perpetuum darentur colonis, qui eos excolerent, data tantùm annua pensione. Et huic contractui placuit etiam postea Leoni certam formam & naturam tribuere. Accesserunt etiam Iustiniani in hac re constitutiones. Et hunc cōtractū vocarunt emphyteusin; & istū colonum emphyteutam. De quibus *C. tit. de iure emphyteutico.* De nomine & origine consule alios, de hac re prolixè scribentes, ego de rebus scribam ad vsum fori pertinentibus. Hoc igitur loco docet, eiusmodi contractum colonarium in dubium vocari, nempe, locatione an conductio sit, emptio an venditio? Et concludit propriè neque locationem, neque emptionem esse, sed specialem quendam contractum, quemadmodum nec feudum, aut feudalis contractus locatio aut emptio est; nec sanè emphyteusis est, etsi aliquam cum emphyteusi cognationem habeat. Donatio etiam omnino propriè non est. Sed ad rem. Hunc igitur nostrum contractum vocant contractum emphyteuticarium; dicitur etiam nonnunquam perpetua locatio. Eum contractum vulgò annumerarunt contractibus iuris ciuilis. Sed falso, falsoque fundamento. Ergò hic contractus est talis. Cum quis fundum suum alicui perpetuo vel ad longius aliquod tempus locat, eo modo eaque conditione, vt annuam pensionem ipse praestet; & quamdiu hanc ipsam soluat, non reiiciatur, & non redeat is fundus ad dominum. Atqui interea, qui fundum talem conductum tenet, fit quasi quidam vsufructuarius, qui tamen ita non habeat, vt quasi dominus quidam ius alienandi, in rem agendi, seruitutem imponendi, vide *D. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur item D. de superficieb.* Et Leo nunc amplius huic contractui quaedam peculiaria adscripsit. Et imprimis vix potest contractus referri inter eos, qui nudo & solo consensu constant. Huius etenim conditiones & pacta requirunt aliquam scripturae confirmationem, vt videtur *ex l. 1 C. de iure emphyteut.* Adiecit etiam Leo, vt periculum, rei, id est, interitus totius fundi ad dominum ipsum pertineat; atq; ita emphyteuta à pensione soluenda liberatus sit. Sin ex parte perierit, aut incommodum passus sit, id ad colonum pertineat, qui nihilominus integram pensionem praestabit *l. 1. §. pen.* Sed hoc illi quidem aequum visum est, reuera tamen durius videtur, vt plus praestet siue det colonus, quàm fert conditio fundi; & fortè isto saltem anno ob magnam sterilitatem. Et in aliis colonariis contractibus remissio ob has causas expressa est, vide *l. licet. C. locati d. l. 25. §. vis maior. d. l. 15. §. 2. & 4. D. eod.* Bartolus itaque auctor est, tali casu ex aequo bono remissionem esse faciendam emphyteutae. Et haec accommodari possunt ad emptiones redditLuum in fundo, de quo vide

D. Phil.

D. Philip. Melanchthonem *in Ethicis lib. 2.* Sanè tamen & hoc æquum est, huiusmodi remissionem compensare colonum tempore vberioris prouentus. Et ita *in dd legib.* Et hæc Leo. Adiecit hisce Iustinianus, vt pacta conuenta inter contrahendum seruentur tam de aliis, quàm de reiectione emphyteutæ; & si nihil de eo conuenerit, vt tunc reiicere liceat, si biennio cessët in soluenda pensione. *l. 2. C. d. tit.* Idem Iustinianus colonum hoc suum ius vendere non aliter permittit, quàm si domino id denunciarit, potestatemque fecerit intra duos mēses, pretium, quod alius numeraturus esset, offerendum. Quod si verò hoc dominus non faciat, cogetur inuestire nouum emphyteutam, qui offeret quinquagesimā partem pretii, siue æstimationis rei. Vulgò vocant Laudemium; sed malè & barbarè, vt & imperiti laudum dicunt pro laudamento; cuius fit mentio in vsibus feudorum. Alii melius hoc præmium, quod dat nouus emphyteuta, laudatiuum dici putant, & laudationes. In Nouell. Leonis 13. est vox Græca εἰς λεκτικὸν, quæ ad hanc rem etiam pertinet. Sed quid his immoror? Tu vide de re, quam tractamus, *l 3. C. dict. titulo.*

DE SOCIETATE.

TITVLVS XXVI.

SOcietatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant, aut vnius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique. Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim conuenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quòd si expressæ fuerint, partes hæ seruari debent. Nec enim vnquam dubium fuit, quin valeat conuentio, si duo inter se pacti sint, vt ad vnum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia.

§. 2. De illa sanè conuentione quæsitum est, si Titius & Seius inter se pacti sint, vt ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Seium duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conuentio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimauit, & ob id non esse ratam habendam.

§. 3. Seruius Sulpitius (cuius sententia præualuit) contrà sensit, quia sæpè quorundam ita pretiosa est opera in societate, vt eos iustum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur, vt alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpè opera alicuius pro pecunia valet. Et adeò contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, vt illud quoque constiterit posse conue-

mire, vt quis lucri partem ferat, de damno non teneatur; quod & ipsum Seruius conuenienter sibi fieri existimauit. Quod tamen ita intelligi oportet, vt si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solùm quod superest, intelligatur lucro esse.

§. 4. Illud expeditum est, si in vna causa pars fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera verò omissa, in eo quoque, quod prætermissum est, eandem partem seruari.

§. 5. Manet autem societas eò vsque, donec in eodem consensu perseuerauerint. At cùm aliquis renunciauerit societati, soluitur societas. Sed planè si quis callidè in hoc renunciauerit societati, vt obueniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cùm ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciauerit societati, vt hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrifaciat, quod non captauerit, ad ipsum solum pertinet. Ei verò, cui renunciatum est, quicquid omninò post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur.

§. 6. Soluitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte vnius socii soluitur, etsi plures supersint, nisi in coeunda societate aliter conuenerit.

§. 7. Item si alicuius rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.

§. 8 Publicatione quoque distrahi societatem, manifestum est, scilicet si vniuersa bona socii publicentur. Nam cùm in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur. Item si quis ex sociis mole debiti prægrauatus bonis suis cesserit, & ideò propter publica aut priuata debita substantia eius væneat, soluitur societas; sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, noua videtur incipere societas.

§. 9. Socius socio vtrùm eo nomine tantùm teneatur pro socio actione, si dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est, præualuit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

COMMEN-

COMMENTARII.

TERTIVS contractus, qui fit consensu, societas est. *Societas*, de qua agimus, *est contractus bonæ fidei, nudo consensu factus siue initus, inter duos pluresuè de communione rei negotiationisuè honestæ, ad commodiorem vsum & quæstum, vt & lucrũ & damnum, iuxta rationem æquitatis & æqualitatis ad eas communiter pertineat.* Cur dicam *Contractum bonæ fidei*, item *consensu factum*, satis notum est. Dico, *Inter duos pluresuè*, quod societas inter plures est, vt notum est. Dico, *de communione rei, vel negotiationis.* quod hoc proprium sit societatis, vt sit communio quędam inter eos, & quidem communio alicuius rei, in quo materia est. Addo, *honestæ*, quod rei impiæ, illicitæ & turpis non sit societas, & talis coniunctio magis coniugatio est. De hoc in *l. quod autem 53. cum aliquot seqq. D. eod. titul.* Dico, *ad commodiorem vsum & quæstum.* Nam hic finis est, ideo contrahunt societatem, & maximè est mercatorius contractus. Et huc pertinent etiam sequentia, *vt & lucrum & damnum ad eos communiter pertineat.* Dico denique, *iuxta rationem æqualitatis.* Vt enim aliorum contractuum mater est æqualitas, sic ad hunc potissimum contractum pertinet æqualitas. Et responsum est, societatem ius fraternitatis quodammodo in se continere, *l. verum est 63. D. eod.* Quæ qualia sint, postea in specie magis videbimus. Nunc post definitionem videamus ordine in isto titulo hæc capita. 1. Quot modis societas contrahatur? 2. Quomodo rectè contrahatur? 3. Socius socio quid præstare debeat? id est, quæ & qualis sit obligatio hæc? 4. Quæ & qualis sit hinc actio? 5. Et denique, quomodo & quando societas dissolui possit?

Et imprimis contrahitur societas consensu. Itaque statim, vbi duo pluresue conuenerint, vt sint socii alicuius rei, contracta est societas & obligatio. Contrahitur autem pluribus modis, vel omnium bonorum, vel simpliciter & non nominatim de omnibus bonis, vel denique vnius alicuius rei, & negotiationis. Cum *omnium bonorum* societas contracta est, omnes omninò res sociorum communicantur, non solùm quæ eorum iam sunt, sed & quæ acquiruntur deinceps, siue quę postea obueniunt vndecunque, siue ex quęstu, siue ex donatione, successione que alia qualibet de causa. *l. 1. 2. & 3. l. si societatem 2. D. eod. tit.* Cum *simpliciter* contracta est societas, videtur quidem contracta de omnib. bonis, sed eorum tamen bonorũ contracta est, quę ex quęstu, id est, ex opera cuiusq; descendunt. *l. 7. cum 4. seqq. D. eod. tit.* At tertio casu, quando *vnius alicuius rei* societas contracta est, id solum, quod ex ea re quæritur, communicandum est, non quod aliunde. *l. cum reb § cum duo. D. eod. l. 2. C. eod.* Iam amplius contrahitur societas variis adhuc modis & conditionibus, variisque pactis. Aliàs conferunt singuli ad certam aliquam negotiationem pecuniam, & id ipsum vel æqualiter, vel inæqualiter. Aliàs ita fit, vt alius pecuniam conferat, alius pecuniam non conferat, sed operam tantùm & industriam negotiandi adhibeat. Et iam variè conueniunt de damnis & lucris, & notum est, pacta dare legem contractibus fundata *l. contracta 21. D. de regulis iuris.* quanquam quæritur de quibusdam conuentionibus, an possint iure subsistere propter inæqualitatem? Quod si nihil nominatim in hac re conuenerit inter socios, debebuntur partes æquales, tam in damno, quàm in lucro, seruata tamen et hic æqualitate Geometrica, vt vocãt. Nam benè docet Arist. *æqualitatem inter inæquales summam esse inæqualitatem.* siue, *dare æqualia inæqualibus esse inæqualitatẽ.* & vide de his *l. si non fuerint. l. si societatem mecum D. eod.* Illud etiam notandũ, contrahi societatẽ vel in perpetuum, id est, quoad viuant, vel ad certum aliquod tempus, *l. 1. D. eod.* Dissoluitur autem iterum non modò sociorum morte, aut capitis deminutione, &c. sed etiam contraria voluntate sociorum; & non modò hoc, sed renunciatione quoque. Placuit

euit enim neminem inuitum in societate & communione, facilè parituta controuertendi & rixandi materiam & ansam, permanere oportere. *l. verum cum similib. D. eod.* Sed de his postea ad textum. Nunc videamus obligationem & actionem, imprimis, vt res ipsa ostendit, socius socio tenetur ad communicationem, hoc est, vt communicet lucra, & communiter recipiat damna, & finita quidem societate, qui communem rem possedit & exercuit, vt reddat rationē collatis omnibus; & ita tandem communicētur commoda & incōmoda, & in summa, vt res cōmunis diuidatur cū omnib. præstationibus personalib. Præstationes personales dicuntur, quę ex obligatione personali veniunt. Atqui iam amplius, qui hæc negotia communia administrat, is fidem etiam & diligentiam debet. Et hic quæritur, quousque teneatur? De qua re sic scribitur, de culpa etiam Socium teneri. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibiq; hoc imputare debet. Ita hic in fine, & vide *l. cum duob. 52. §. venit, & l. socius socio 72. D. eodem. titul.* Ergò tenetur socius de dolo & culpa, sed non tamen leuissima, & si quid per dolum aut culpam hanc in societate peccauit, aut societati damnum dederit, id ipse solus præstabit. Notandum etiam in vniuersum, omnibus rebus administrandis in societate eandem diligentiam deberi, & non valere hic compensationem. Vide *d. l cum duobus, §. quidam sagariam. §. damna, cum similibus & l. non ob eam rem. cum sequenti D. eod. tit.* Et hæc de obligatione. Et quidem de his actio competit pro socio, quæ vtrinque directa est, eiusdem nominis, competens vtrique ex æquo & principaliter, quæ videtur partim in rem, partim in personam, rei persecutoria, bonæ fidei, perpetua, quæque heredibus datur, & in heredes; & famosa quidem est actio. Sed & hoc illi additum est, vt non omninò detur, siue competat in solidum. Nam humaniter cum socio agendum est, ne solidum soluens egeat. Ergò in quantum commodè fieri potest, condemnabitur. Vide *l verum, l. socium qui in eum, §. 2. D. eod. & infra. de act.* Proponitur autem actio, vt iam sæpè diximus, pro ratione casus, verbi gratia:

Compareo ego Titius actor coram vobis, domine Iudex, contra Caium reum, propono ac dico, quod ante annum libero & amico consensu & affectu conuenerit inter me actorem & reum, vt singuli commodioris negociationis & quæstus causa conferrent aureos 100. ad comparanda, emenda & distrahenda vina, & vt ipse Reus hanc negociationem fideliter exerceret, & lucra damnaq; deinde essent pro ratione sortis collataq; operæ communia, vt est expressum in forma societatis. Ego etiam meam partem pecuniæ bona fide contuli, & vina quidem empta & distracta sunt à Caio reo socio, sed cum aliquotiens is à me admonitus & rogatus est, vt reddita ratione huius negociationis, collatis vtriusq; pecuniis, communicet lucra, &c. quod ipse adhuc non fecit. Peto igitur, &c. vt iam sæpè.

Hic illud etiam obseruetur regulariter & in vniuersum, hanc actionem pro socio saltem finita societate dari, & proponi, licet nonnunquam aliter fiat, vt etiam ea adhuc durante agatur ob singulare aliquod negotium. Vide *l. tamdiu. C. eod. l. actione, §. nonnunquam, l si quis societatem. D. eod. tit.* Iam ad textum, vbi videbimus diligentius de casibus pertinentibus ad pacta super lucro & damno præcipuè quatuor, quibus addendi sunt duo alii, vt etiam hic examinetur, quomodo soleat bonus iste contractus contaminari vsurariis iniquitatibus, vt sunt auari ingeniosi ad cogitandas fraudes. Postea sequuntur dissoluendæ societatis.

℣. Nec enim vnquam, &c.] Primus casus est. Duo socii ita conuenerunt, vt ad

vt ad vnum duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum pars tertia, puta, si lucrati fuerimus 30. ego 20. tu 10. habebis. Sin si, quod Deus auertat, damnũ est 30. ad me itidem 20. ad te 10 redundabunt. Hæc conuentio æqua & iusta est duplici ratione. Primò, quod fortè sint inæquales sortes, siue quæ conferuntur. Deinde etsi non sint ista inæqualia, quòd tamen iustum sit, ad quem magis pertinet periculum, vt ad eundem eadem proportione pertineat commodum & lucrum.

§. 2. De illa sanè conuentione, &c.

Secundus casus superiori quodammodo contrarius. Quæritur, an valeat conuentio, vt lucri duas partes habeam, damni vnam, tu lucri vnam, damni duas. Lucius Scæuola, cui Cicero magnũ Iuris Ciuilis vsum tribuit, ait, eam conuentionem non valere, & dicit esse contra naturam societatis. Seruius Sulpitius, cui idem Cicero maiorem iuris artem adscribit, & ipsum iustitię cõsultum vocat, valere ait, & iustè reprobari non posse, & hoc scribit Iustinianus hic obtinere. Ergò hic adducitur Seruius Sulpitius contra Lucium Scæuolam. Sed in quanam re redarguit Scæuolam? In Pandectis *in l Mutius 30.* in ipso facto videtur reprehensio esse. Hic tamen etiam de re ipsa reprehenditur. Quid igitur, an, si Titius & Caius socii sint per omnia æquales, qui & æqualia contulerunt, an dico valebit ea societas? Profectò non potest id dici. Quid igitur reprehendit Seruius? Videtur adductis exemplis dare instantiam, & sic redarguere generalem definitionem & regulam. Et ita pulchrè explicat hunc locum dominus D. Wesembecius. Et sanè verum est, omnem talem generalem definitionem periculosam esse, præsertim cum audacter proponitur, iuxta *L. omnis definitio D de reg iur.* Ergò si sint inæquales sortes, si alter solus suscipit labores & incommoda, alter ociosus & sęcurus domi desidet, potest ista conuentio rectè valere, & nulla est iniquitas. Sed quid tamen, an non potest valere hæc conuentio, si omnia sint æqualia? Puto considerandum pulchrum argumentum Scæuolæ: *Contra naturam*, inquit, *societatis est talis conuentio. Ergò non est habenda rata.* Vbi notabis, pacta cõtra naturam contractus non valere, siue non esse habenda rata, ad quod allegatur iste §. Sed aiunt tamẽ quidam, posse nihilominus valere istam conuentionem iure conuentionis, etsi non iure societatis. Ego de hoc vehementer dubito, vtcunque approbent viri etiam magni (Wesembec. hic) tanquam communem, nisi sic intelligas, quando contra naturam remissionis, & quasi donationis causa, ita paciscitur is, de cuius præiudicio quæritur.

℣. Nam & ita coiri posse, &c.] Sequitur tertius casus, cum alius pecuniam conferat, alius non conferat, & tamen conuenerit, vt lucrum sit commune, docet eadem ratione posse valere societatem, cum possit ei, qui nihil confert, tanti esse industria, quanti alterius pecunia.

℣. Et adeo contra, &c.] Casus quartus. Si ita conuenerit, ne damnum vllum sentiat alter, sed solùm sit particeps lucri. Et ait, & istam conuentionem ratam esse posse, prædicta quoque ex causa. Potest enim tanti esse alterius opera, quantum est damnum. Sic Titius contulit 100. Caius nihil, sed eius tanti est industria, vt possit ęstimari 100. & 20. damnum autem fortuitum accidit vsque 20. Dominus Phil. Præceptor *in Ethicis* hanc conuentionem ait improbari. Sed hic disertè probatur. Puto distinguendum, aut is, qui operam confert & non pecuniam, damnum non vult, aut is, qui pecuniam contulit, non vult damnum. Priori casu id, quod hic scribitur, obtinet, & valet conuentio: posteriori casu, qui nunc erit quintus, dicendum est, talem contractum, cum quis ociosus pecuniam tantùm cõferat, lucrum vult, & non damnum, id pactum vsurariæ iniqui-

tatis damnari posse, & apparere sub nomine societatis mutuationem quandam verius quàm contractum, & ita videbis ex *l.* 1. *C. eod. item in c. plerią. 14. quæst. 3. c. nauiganti. de vsur.* & ita Angel. *hic.* Et hunc casum puto dominum Præceptorem isto loco significare.

Iam sequitur casus sextus. Cum ita conuenerit, vt vnus solus habeat omne lucrum. Et hanc societatem plane improbat. Cassius ait esse societatem Leoninam, alludens ad apologum Æsopi de societate asini, vulpis & leonis, vbi leo omnes partes ad se trahit. Vide *l 29 D. eod.*

℣ 5. Manet autem societas, &c.

Deinceps aget *vsque ad §. socius.* de dissoluenda societate, qua dissoluta, vt diximus, plenè & integrè agetur actione illa pro socio. Et de hoc toto loco Vlpianus semel sic proponit *in l. verum est 63. § fin. D. eodem.* vbi scribitur: S*oluitur societas ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione, & ideo siue homines, siue res, siue volũtas, siue actio interierit, distrahi societas videtur.* Amplius additur: *Intereunt autem homines, aut morte, aut inedia, aut maxima capitis diminutione.* Post in aliis legibus scribitur, adeò quoque morte soluitur societas, vt vnius morte tota societas soluatur, nisi aliud ab initio conuenerit. Nec heres succedit in societate, cum in societate personæ delectus sit. Vide *dict. l. verum. §. fin. item l. actione 65. §. morte. l. nemo potest. & l. adeo. D. eod. tit.* Et hæc dicta sint de personis. De rebus ita scribitur: *Res intereunt cum aut nulla relinquantur, aut conditionem mutauerint. Neque enim eius rei, quæ iam nulla est, socius est, neque eius, quæ consecrata vel publica erit. d. l. verum.* Sanè vbi societas contracta est certæ alicuius rei vel negociationis, item ad certum tempus, dicemus tum, cum finis erit negotio, cum tempus elapsum erit, finitam esse societatem. *d. l. actione. §. item si alicuius.* Nunc de actione, de qua ita docet Iurisconsultus. *in d. l. actione.* hoc ipso, quod iudicium ideò dictatum est, vt societas distrahatur, renunciatam societatem, siue totorum bonorum, siue vnius rei societas contracta sit. Deinceps subiicitur *in d l verum.* Voluntate distrahitur societas & renunciatione. Et sic nunc propriè dicitur *nostro §. hoc 1.* vbi scias, imprimis solui societatem contraria voluntate sociorum, id est, eorundem dissensu. *d. l. actione. § diximus.* Rectè. Quia, quod voluntate & consensu sociorum contractum est, contraria voluntate benè dissolui potest, iuxta *l. nihil tam naturale. D. de regulis iuris.* Deinde tamen vnius etiam mutata voluntate & renunciatione societas dissolui potest. Dixi enim, inuitos non esse in communione & societate retinendos. *d. l. verum.* Interim tamen si iniuriose, si dolosè & intempestiuè renuncietur, non feret id impunè renuncians, sed dabit pœnas suæ malæ fidei. Et socios quidem à se liberat, se à sociis non liberat. Itaque, si quid compendii erit, eius partem renuncians non feret. Si quod verò dispendii, æquè sustinebit periculum siue damnum. Vide *l. si conuenerit 14. cum seq. & d. l. actione. §. diximus. D. eod.* Ergò siue iure, siue iniuria renuncietur, dissolui placet societatem, ne inuiti sint socii. *l. tamdiu. C. eod.* Porrò dolosè renunciat, qui cum scit, sibi iam aliquid obuenire quod societatis, & sic commune foret, ideò renunciat, vt id solus habeat. Intempestiuè renunciat, qui ante tempus constitutum renunciat, vel cum socii siue societatis interest, societatem eam iam nondum dirimi; veluti, si res emptæ non possint nunc commodè distrahi, de quo vide *d. l. si conuenerit. cum coniunctis. d l actio. §. diximus. & hunc nostrum textum.* Habes itaque plenè, quando & quàm variè societas semel consensu contracta dissoluatur. Et sic absoluimus hunc locum de societate priuata.

DE

DE MANDATO.

TITVLVS XXVII.

Mandatum contrahitur quinque modis, siue sua tantùm gratia aliquis tibi mandet, siue sua & tua, siue aliena tantùm, siue sua & aliena, siue tua & aliena. At si tua tantùm gratia tibi mandatum sit, superuacuum est mandatum, & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§. 2. Mandantis tantùm gratia interuenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, vt negotia eius gereres, vel vt fundum ei emeres, vel vt pro eo sponderes. Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi, vt pecuniam sub vsuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur, [aut si volente te agere cum eo ex fideiussoria causa, mandet tibi vt cum reo agas periculo mandantis, vel vt ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.]

§. 3. Aliena autem [tantùm] causa interuenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, vt Titii negotia gereres, vel vt Titio fundum emeres, vel vt pro Titio sponderes. Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel vt sibi & Titio fundum emeres, vel vt pro eo & Titio sponderes. Tua & aliena, veluti si tibi mandet, vt Titio sub vsuris crederes, quia si sine vsuris pecuniam crederes, aliena tantùm gratia intercedit mandatum.

§. 4. Tua tantùm gratia interuenit mandatũ, veluti si tibi mãdet, vt pecunias tuas in emptiones potiùs prædiorum colloces, quàm fœneres, vel ex diuerso, vt pecunias tuas fœneres potiùs, quàm in emptiones prædiorum colloces. Cuius generis mandatum magis consilium, quàm mandatum est, & ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cùm liberum cuique sit apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, vt rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamuis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, vt quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandauit tibi vt pecuniam Titio fœnerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos

mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de iniuria faciẽda mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen vllam habes aduersus Titium actionem.

§. 5. Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati; vt ecce, si quis vsque ad centum aureos mandauerit tibi vt fundum emeres, vel vt pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fideiubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem, adeò quidem, vt Sabino & Cassio placuerit, etiamsi vsque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum.

§. 6. Sed diuersæ scholæ auctores rectè vsque ad centum aureos te acturum existimant, quæ sententia sanè benignior est. Quòd si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem, quoniam qui mandat, vt sibi centum aureorum fundus emeretur, is vtiq; mandasse intelligitur, vt minoris (si possit) emeretur.

§. 7. Rectè quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, reuocatum fuerit, euanescit. Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interueniat, id est, vel eius, qui mandauerit, vel illius, qui mandatum susceperit, soluitur mandatum. Sed vtilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandauerat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioqui iusta & probabilis ignorantia tibi damnum adferet.

§. 8. Et huic simile est quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto soluerint, liberari eos, cùm alioqui stricta iuris ratione non possent liberari, quia alii soluissent, quàm cui soluere debuerint.

§. 9. Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est, susceptum autem consummandum est, aut quàm primùm renunciandum, vt per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, vt integra causa mandatori reseruetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi iusta causa intercesserit, aut non renunciandi, aut intempestiuè renunciandi.

§. 10. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.

§. 11. In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (vt generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati siue depositi contrahitur negotium, iis casibus interueniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni poliẽda curandaué

dauē quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.

COMMENTARII.

SEQVITVR Mandatū. Mandare significat committere, imponere, commendare, iubere, suadere, negotiū date. Inde Mandatum & mandati contractus. Et sanè in aliis etiam nonnullis contractibus videmur alteri quid committere, veluti in locatione, cum committo tibi certum negotium expediendum. Sed hoc tamen fit data mercede. In commodato, cum committo tibi rem meam; sed hoc ad vsum aliquem tuum, vt finis distinguat. Et omninò in deposito, cum tibi & tuæ fidei tuæque custodiæ rem meam committo. Sed depositi contractus re ipsa fit, & semper aliquid traditur. Mandatum fit solo consensu, de re aliqua aut negotio aliquo efficiendo gerendoque. Et omninò notetur, quando Paulus Apostolus doctrinam sanam & salutarem Ecclesiæ Dei vocet bonum depositum, quod sit diligenter asseruatum. *2. Timoth. 1.* & rursus *ad Galat. 1.* ostendat, Apostolos & eorum successores Ecclesiæ ministros de doctrina certum mandatum habere, quod non liceat excedere proponendo vllum aliud Euangelion. Sed ad rem. Definiemus igitur breuiter Mandatū sic: *Mandatum est contractus bonæ fidei factus solo consensu, cum alter alteri negotium aliquod honestum committit, & gerendum efficiendumuè mandat*, & alter is id ipsum amico affectu & animo gratus suscipit, *vt id bona fide exequatur.* Dico *Contractum bonæ fidei*, quod ex eo quoque genere sit hic contractus. Dico, *consensu factum*, quia solo consensu & hic contractus fit & suscipitur, vt alter alteri deinceps teneatur, de quo & de latiori obligatione postea videbimus. Depositum etiam & commodatum, quorum supra memini, solo consensu non contrahitur. Dico, *negotium, aliquod committit.* Hic finis est, vt negotium alienum susceptum perficiat. Et quàm necessarius sit & vtilis generi humano iste contractus, nemo melius & grauius quàm Cicero exposuit, *in oratione pro Roscio Amerino.* Porrò addidi hic *honestum*, quia rei turpis, & quæ contra bonos mores est, nullum est mandatum, id est, tale mandatum non est suscipiendum, nec, si susceperis, exequendum, & eius rei nulla est actio, *infra eodem. §. illud quoque. leg. sexta. §. rei turpis. l. si vero duodecima. §. Adolescens. cum sequenti. D. eodem titulo.* Dico deinceps, *gratis suscipit.* Quia mandatum gratuitum etiam est; & hoc distat à locatione. Addidi, *vt bona fide exequatur.* Et hæc forma est, mandatum fideliter exequendum est, nihil addendum vel detrahendum. Et magna æquitas & iustitia est, magna etiam prudentia in fideli & certa executione mandati, & ne fines eius excedas. Sed de hoc postea.

Iam indicabimus capita huius titul. & materiæ, quæ pòst ordine persequemur. 1. Qua ratione committendi & mandandi obligatio hæc contrahatur, & quæ mandata vtilia sint vel non? vbi proponitur quædam diuisio *ex leg. 2. D. eodem.* 2. Quando susceptum mandatum exequendum sit; & quæ sit obligatio ex vtraque parte? 3. Quæ & quales sint hæ actiones? 4. Quando mandatum finiatur & tollatur? vbi de reuocatione & renunciatione mandati. 5. Incidit hic pulcher locus de conuiuis. Et de his ordine.

Et imprimis pro ingressu hoc teneatur, fieri mandatum his & similibus verbis: *Rogo, peto, iubeo, mando, commendo, suadeo,*

deo, consulo. Et tamen verum est, mandare ferè significare pro imperio quodam magis aliquid iubere & fieri velle, tanquam se auctore & suo periculo. Etiam quinque, vel vt Caius sex modis mandatum contrahi dicitur, quòd sit quintuplex vel sextuplex causa mandati, quatenus huius vel illius causa quid mandatur. Atque eius causa & gratia dicitur propriè quid mandatum, ad quem ea res idue negotium pertinet, cuius vtilitatem respicit, vel denique cuius ex eo interest. Vbi tamen obseruandum, ipsius mandantis semper etiam interesse oportere saltem aliquatenus. Vide *l. remunerandi. §. si tibi. D. eod.* Ergò quo ad diuisionem à causa finali, primo, interuenit mandatum gratia mandantis, veluti, si tibi mandem, vt pro me fideiubeas, & si hoc mandatum suscepisti, eo nomine obligatio est. Secundò, interuenit mandatum gratia vtriusque mandantis & mandatarii, vt, si mandem, vt quod tibi debeo, meo periculo stipuleris ab eo, quem tibi meum debitorem delego. Et hoc mandatum si suscepisti, fidem tuam obstrinxisti. Tertiò, aliena tantùm causa interuenit mandatum, vt, si tibi mando, vt pro Titio fideiubeas; & valet id quoque mandatum. Quartò, interuenit mandatū mandantis gratia & aliena, vt si tibi mandem, vt nostra negotia, id est, mea & Titii geras, quod mandatum ratum est. Quintò, mandari potest mandatarii causa & aliena; vt, si tibi mando, vt Titio sub vsuris pecuniam crederes. Quod mandatum itidem obligatorium est. Sexto modo fit etiam mandatum tua tantū causa, vt, si tibi deliberanti de pecunia tua otiosa, quid facias, mandem, vt eam pecuniam potius colloces in emptiones prædiorum, quàm in fœnus. Et hoc mandatum obligatorium non est, quia tantùm consilium est. Ergò aliud est consilium, aliud mandatum. Et nunc in textu de consilio.

℣. Quia nemo ex consilio, &c.] Dicamus de consilio. *Ex consilio,* inquit, *nemo obligatur.* An igitur consulendo licet proximum & simplicem circumuenire. Sanè benè dixit antiquitas: *Sacra res est consilium.* Et notetur quod scribit Syracides, cap. 5. *Si rem tenes, respondeto proximo, sin minus, os tuum manu comprimito.* Nempe, consilium prudens, fidele & amicum esse debet. Sed tamen, si quid aliter accidat, non ob id obligabitur consultor. Qui fraudulenter & dolosè dat alteri malum consilium, meritò de dolo tenebitur. Quo pertinet *l. si quis affirmauerit. §. primo. D. de dolo malo.* Ergò & regula dicit: *Consilii fraudulenti nulla est obligatio.* Nam, vt dixi, si dolus & calliditas intercesserit, de dolo actio competit. *leg. consilii. D. de regulis iuris, & c. nullus ex consilio. de regulis iuris. in sexto. item dict. leg. si quis affirmauerit.* Sed &, qui consilium dedit rei turpis, siue de delicto, veluti, si quis consuluit, vt homicidium faceres, & id ex consilio ipsius ita factum & secutum sit, ei, cui iniuria facta est, adeoque Reipublicæ ex consilio consultor obligatur, non minus quàm is, qui facinus commisit. Nec hic distinguitur, an is qui commisit alias facturus erat, vel non, quia non oportet laudando augere malitiam, siue non decet, & est tale consilium semper cum fraude coniunctum. Vide *dict. l. 1. §. sed vtrumque. D. de seruo corrupto.* Et ita accidit, quod dicitur, faciens & consentiens pari pœna digni sunt. *l. non solum, §. mandatum. D. de iniuriis.* Et videbimus alibi pluribus. Sed quomodo igitur hic dicitur; *Nemo ex consilio obligatur*? Annota, quod inquit, mandati. Et ex hoc obserua, ex consilio neminem obstringi ei, cui consuluit, nisi, vt dixi, fraudulentum sit consilium; vtrumque, si alteri per hoc nocitum sit ex delicto, illi obligari possit; & id ideò, quia cui consulitur, is necessum non habeat sequi consilium, sed ipse potius perpendere debebat, an expediat consilium. Quod si

rei

rei turpis & illicitæ consilium est, scire etiam debet, id se non debere suscipere, vel saltem exequi. Ergò ex simplici consilio rei non turpis siue improbæ, si cui consuluisti, non teneris. Sed quæritur, quomodo hoc, cum ex mandato tenearis? Dixi supra, quid sit propriè mandare, nempe, pro imperio quodã mandare. Vide igitur, quid sit cõsulere; & sic cognosces differentiam. Consulere igitur est, p nullo imperio iubere, & nõ simpliciter fieri velle, quasi sua aliquatenus intersit, sed eius tantùm causam, cui consulit, ita respicit, vt illius arbitrio hoc totũ cõmittat. Sed videtur adhuc alia distinctio adhibẽda, ex textu; nempe, vtrum is, cui consiliũ dedisti, alias facturus fuisset, an non, vt, si alias facturus non fuisset, tenearis. Et ita visum est Ioan. Glossographo, cuius opinionem dicunt esse communem. Placentinus aliter distinguebat; & accidit sane difficultas propter exemplum, quod hic & in specie supra idem est. Hoc igitur, vt breuiter dicam, quæritur, an, si cui alteri consuluisti, quod alias facturus ipso non erat, tenearis? Hic dicere ego non ausim; dicant alii, quicquid velint & possint. Ego dicerem, si cõstare posset, nihil aliud spectare consulentem, quàm quod inter est eius, cui consulit, id est, eius vtilitatem, quoniam purum & merum est consilium, non obligari eum, nec si is alias facturus non fuisset. Sin vero alii etiam simul gratificari voluit, etsi de hoc non expresse actum est, videri se q. fideiussorem interposuisse, vt iam obligetur quasi ex mandato. Idque sine dubitatione, & maxime, cum alias is, cui consuluit, facturus non erat. Vide *L. 2. D. eod l. 6. §. plane*.

§. 5. Is qui exequitur mandatum, &c.

Nunc post locum de definitione & diuisione dicendum est de obligatione & actione. Forsitan tamen & illud ad locum diuisionis commune fieri debet; Mandatum aliud dici generale; aliud speciale. Sed de obligatione, vbi etiam aliquot iuris theses præmittendæ sunt; nempe in primis mandatum suscipere, vel non suscipere, cuilibet liberum est. Verum mandato dato, eoque suscepto, etiam conuenit iam statim de mandato, vt id liceat nunc non temerè deserere, nisi tempestiuè adhuc & re integra velit renunciare, nisi etiam mors impediat. Sed de his ad alterum locum. Is etiam, qui mandauit, ante quam aliquid per gestum vel geri cœptum sit, reuocare mandatum potest. Sed nisi quid horum fiat, nempe mandans mandatum non reuocet, aut mandatarius re integra non renunciet, &c. quæritur, ad quod mandato iam suscepto sit obligatio? Et quidem vtrinque nascitur obligatio hæc. Et imprimis mandans obligabitur mandatario, si forte intempestiuè, dum iste iam gerere cœpit, velit reuocare, cum istius detrimento. Tenebitur enim ad id, quod eius interest. Item, si quid mandatarius in rem mandantis, vel eius nomine impendit, si eius mandato hæreat iam in aliquo damno, de hoc omni tenebitur mandans siue mandator. Neque enim debet mandatario officium illud suum damnosum esse, vt alibi loquitur Iurisconsultus. Et hæc quidem est obligatio mandãtis, vt postea in textibus. Iam verò mandatarius, si intempestiuè velit renunciare, de hoc tenebitur ad id, quod interest. Imò mandatum susceptum exequi debet. Debet autem rectè & fideliter exequi, in quo præstabit non modò dolum, sed etiam culpam, id est, tenebitur propter omissam diligentiam & sedulitatem, de quo *in l. in re mandata. C. mandati.* Et sanè putant plerique eruditi, vt Petrus Faber, Iac. Cuiacius, in mandato præstari leuissimam culpam. Atqui in hac fide imprimis id etiam continetur, vt fines sui mandati custodiat, eosque non excedat, id agat, quod mandatum est, non aliud,

non

non plus vel minus, non alia via vel forma. *l 5. l. vltim. §. vltim. D. eodem.* Adeoque, vt Iurisconsultus docet, mandantis conditionem interdum ne meliorem quidem facere potest, deteriorem sanè nunquam. *leg. tertia. D. eodem titul.* Sed tamen hic diligentius quæritur; an omninò non liceat alia etiam via & forma mandatum exequi & rem facere meliorem? Equidem quis negabit, si idem omninò sequatur effectus ita, vt nullum in ea re sit incommodum vel damnum mandatoris, neque etiam nominatim sit prohibitum, alia via rem tentare & exequi, quis inquam negabit posse id fieri? Sanè tamen in rebus, quæ semel statuta deliberataque mandantur, & quidem in rebus grauibus & publicis Iustiniano videtur, vt nullo modo recedatur à præscripta forma, etiamsi repentinus aliquis casus rem commodius agi, quàm commendatum est, polliceatur. Nam & exemplo saltem ea res noceret plurimùm. Casum & exemplum ponit Iurisconsultus in eo, qui in bello rem à Duce prohibitam fecit, aut mandatum non seruauit; & respondet eum capite puniendum, etsi res benè cessit. *l. 3. §. in bello. D. de re militari.* Vide in istum locum etiam Ciceronem *in eadem orat. pro Roscio.* item Agell. *libro primo cap. 13.* Et notum hic sit exemplum de Tito Manlio Consule Romano, qui filiũ suum securi feriri iussit, quod cõtra mandatum cum Geminio Metio Tusculanorum equitum præfecto, licet feliciter, pugnasset. Vide Liuium *lib. 8.* Valer. Maximum *libr. 2. cap. 2 & lib. 9. cap. 3.* Sic igitur Iurisconsultus in supra allegata lege scribit: *In causa mandati etiam illud venit, vt interdum nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior nunquam.* De his igitur omnibus tenebitur & obligabitur mandatarius, & , vt nuper dixi, digna laude diligentia rectè & fideliter exequi mandatum suum. Sed nunc de actione.

Ex hoc contractu igitur, & ex hac & eiusmodi obligatione est actio Mãdati, quæ duplex est, directa & contraria. Directa datur in mandatarium mandatori. Contraria mandatario in mandantem, & vtraque quidem hæc actio in personam est ciuilis, rei persecutoria, bonæ fidei, perpetua, quæque heredibus & in heredes competit. Notandum tamen, directa actione damnatum ex dolo, siue propter dolum fieri infamem, & sic directa actio etiam infamat. De quo suo loco. Et instituitur quidem actio, vt iam sæpius ostendimus, narratione facti, ex qua postea secundum ius petatur in conclusione, vt Iudex aduersariũ Reum ad id, quod debetur, & petitur, condemnet. Veluti, si Titio datum sit mandatum, annumerata etiam ei certa pecunia, vt Titius emat Corpus Iuris, quod mandatum suscepit, sed nec pecuniam nec corpus adhuc dedit vel reddidit, prout erit casus, vel forte in causa fideiussionis sic:

Coram vobis comparet Titius actor, proponit ac dicit, quod nuper rogatu & mandato Cai Rei fideiusserit pro ipso in 100. quæ & cessante reo debitò & soluit, atque eundem reum paulo post reuersum, vt eam pecuniam redderet, seque actorem indemnem præstaret, sæpius monui & rogaui, quod ipse tamen hactenus nondum fecit. Quod cum iniquum sit, & verò æquitas & lex scripta ad hoc reum principalem cogat, implorat vestrum officium, & petit, vt prædictum Reum ad soluendum condemnetis, condemnatumq́, legitimè compellatis, &c.

℣. Adeo quidem, vt Sabino, &c.] Nota hic æquitatem iudicii in Proculo contra Sabinum, & vide de eo *l. 4. & 5. D. eodem. & amplius l. 33. & l. 41.* Et paulò post obserua casum, vbi licet causam mandantis facere meliorem. Porrò, vt iam dixi, sic infra rursum habetur ratio vtilitatis, id est, æquitatis. Nota igitur, Sabini sententiam nunquam probari, sed Proculi sententia semper probatur.

§. 7. Re-

§.7. Rectè quoque mandatum,&c.

Nunc,quibus modis finiatur mandatum. De hoc breuiter sic habeas. Absoluto mandato finitur mandatũ,sed ita,vt sint hinc obligationes & actiones Nunc autẽ hoc quęritur, quomodo finiatur mandatũ, vt ab obligatione liber sit,qui mandauit mandatũue suscepit,& tamen deseruit? Et hic imprimis scias, morte alterutrius, i. e. mandantis, vel mandatarii, re integra finiri mandatum. Finiturque quoque reuocatione mandantis, & renunciatione mandatarii re integra; at cum res integra non est, iniuria est deserere mandatum. Porrò *rem integram* dicimus, quando mandatoris siue mandatarii nihil adhuc interest. Mandatoris autem interest, quia iam eo loco & causa sit, vt per se vel per alium id, quod mandauit, explicare commodè iam non possit, vt non possit iam alterius opera vti; Mandatarii verò interest, quia iam impendit aliquid,quia iam exequi cœpit,omisit alia negotia., laborare cœpit. Vide de his *l 32. cum aliquot seqq. D. eod.*

§. 11. In summa sciendum, &c.

Iam videbimus de eo,quod diximus in definitione generali. Equidem multæ sunt species & formæ mandatorum, & pro ea varietate non mirum est variare quædam in hoc tractatu. Et imprimis permissum generaliter, vltrò, & extra conuentionem honorariã remunerandi gratia, non impedit actionem Mandati.*l si remunerãdi 6. D.eod.* Quod si merces interueniat nominatim, mandati sanè non agetur,sed vel locati, vel præscriptis verbis ex contractu innominato, prout negotium id est, & de mercede conuenit; aut sanè potest etiam actione ex stipulatu,si stipulatio intercessit, id peti,vel alia actione, vel etiã extra ordinem, de quo vide *l 1. Cod.eod.l.7.D.eod.* Quod si in certa pollicitatione sit conuentum de salario, puta, senties me gratum, vt omninò etiam non sit conuentum,& tamen quæratur, an pro executione mandati salarium aliquod exigi possit? Dicunt nihil peti posse,nisi tamen mandata res sit, quæ locari solet; vbi videndum est, quid sit actum. Sed & extra ordinem ab iis salarium peti potest, iisque succurri solet,qui alioquin,vt faciant, accipere solent,vt Aduocati, Procuratores Huc pertinent & præceptores, vide de his *d.l.salarium.D. & l. salarium.C. eod. & l. qui mutuum.§.salarium.D. eod. & l.2.D. de præscript. verbis. & l. 1. D. in honorariis. D. de variis & extraord. cogn.*

DE OBLIGATIONIBVS, QVÆ quasi ex contractu nascuntur.

TITVLVS XXVIII.



Ost genera contractuum enumerata,dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

§. 2. Igitur cùm quis negotia absentis gesserit, vltrò citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ aduersus eum,qui gessit,directa cõpetit actio,

negotiorum autem gestori contraria, quas ex nullo contractu propriè nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur, idque vtilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negotia, quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

§.3. Sicut autem is, qui vtiliter gessit negotia, [dominum habet obligatum negotiorum gestorum,] ita & contrà, iste quoque tenetur, vt administrationis reddat rationem, quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modò alius diligentior eo commodiùs administraturus esset negotia.

§.4. Tutores quoque, qui tutelæ iudicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones.

§.5. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed & contrà, tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impẽderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus eius obligauerit.

§. 6. Item, si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donataue esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi diuidundo iudicio, quòd solus fructus ex ea re perceperit, aut quòd socius eius solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt, sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

§. 7. Idem iuris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ iudicio ex his causis obligatus est.

§. 8. Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto vllum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamẽ quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.

§. 9. Item is, cui quis per errorem non debitum soluit, quasi ex contractu debere videtur. Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, vt si certiorem rationem sequamur, magis (vt suprà diximus) ex distractu quàm ex contractu possit dici obligatus esse.

§.10. Nam

§. 10. Nam qui soluendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, vt distrahat potiùs negotium quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideò condictione tenetur.

§. 11. Ex quibusdam tamen causis repeti nō potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant, nostra autem constitutio, cùm vnam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit, sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodò in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis, vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt, quæ si indebita soluantur, non repetuntur.

COMMENTARII.

ABsolutis iam obligationibus ex cōtractu descendentibus, sequuntur eę, quæ sunt quasi ex contractu, nempè quæ veniūt ex eo negotio, quod duorum cōsensu & certa cōuentione non est contractū, sed tamen etiam delictum & maleficium in se non habet; imò potiùs quasi quædam conuentio inesse videtur, vt æquum visum sit eo nomine obligationem esse. Proponit autē negotia hęc. Primum negotiorum gestionem. 2. Tutelæ administrationem. 3. Communionem rerum. 4. Hereditatis aditionem, & solutionem indebiti. De quibus ordine.

§. 2. Igitur cum quis negotia, &c.

Primus locus de negotiorum gestione. Hoc negotium per omnia simile est mandato, nisi quòd in mandato conuentio certa est, & de re certa ferè, cuius etiam fines excedere non licet, quod iam ante exposui. Hic sine mandato alter alterius negotia beneuolentiæ & misericordiæ causa vtiliter gerit siue gessit, ex quo sunt duæ actiones negotiorū gestorum: Altera directa, altera contraria, per omnia similes superiori de mandato, nisi quòd hæc negotiorum gestorum actio non reperitur inter eas, quæ infamāt. Eadem etiam vtriusq; est obligatio, & qui alterius negotium ita gerendo suscipit, vtiliter tamen gerere debet, & adhibere ad eam rem omnem diligentiam; eodem etiam modo talis actio proponitur & instituitur, nisi quòd hic non fit mentio Mandati, de quibus omnibus vide *l. 5. D. de oblig. & act. item D. & C. titul. de negotiis gestis.*

Nota, vbi desinit mandati actio, ibi incipere negotiorum gestorum actionem, si vtiliter res est gesta, vt pater mandauit præceptori, vt filio ita 30. daret studiorum gratia, sed illi dedit 40. quæ vtiliter consumpsit. Non habet mandati actionem vltra 30. Cætera per negotiorum gestorum actionem exquiret.

§. 4. Tutores quoque, &c.

Secundum exemplum de Tutore & Curatore, qui sanè pro suscipienda tutela nullum præcipuè negotium cum ipsis pupillis contrahunt, cum & ignoranti & inuito etiam fiant, & dentur tutores, & tamen eo ipso, quod ex testatoris voluntate, legumue ordinatione negotia alterius, nempè pupilli, administrant, ex æquo bono obligatio hinc nascitur, idque

vtrinque, ex qua sunt actiones tutelæ, directa & contraria, & tutor quidem in sua administratione tenetur de dolo & culpa etiam leuissima, vt quidam putarunt. Sed de his omnibus vidimus, vt spero, diligenter *lib. 1.* in materia illa tutelari, quæ ibi integrè proponitur.

§. 6. Item, si inter aliquos, &c.

Tertium exemplum est de communione rerum, in quam aliqui inciderunt vel propter hereditatem, siue causam hereditariam, vel alia qualibet ex causa, sine tamen conuentione societatis. Nam ea disputatio aliò pertinet, vt iam antea audiuimus. Accidunt tamen ex hac causa similia ferè iis, quæ sunt ex societate. Exempli gratia, vt ex hac causa vnus aliquis rem communem solus teneat, possideat, habeat, exerceat, & ita rebus communibus sua culpa damnum det, vt in res communes necessarias faciat impensas, vt solus fructus & lucra percipiat. Ex hoc igitur & huiusmodi rebus nascitur vel nasci potest inuicem obligatio ex præstationibus istis personalibus, & hæc equidem actio. Et siquidem res communis est ex causa hereditaria, est actio familiæ erciscundæ; sin ex alia causa, communi diuidundo. Et quidem non modò de his agitur, de quibus iam dixi, sed præcipuè etiam, vt res ea communis commodè diuidatur, & quisque suum habeat, vnde potissimum actiones eæ dicuntur, & sunt ferè actiones mixtæ partim in rem, partim in personam, ciuiles, rei persecutoriæ, bonæ fidei, quæque ad heredes pertinent, vbi narrat actor factum, & petit sibi ius administrari. Verbi gratia: *Proponit Caius actor, quòd ipse atque Titij fratres Sempronio patruo ab intestato successerint, & eam hereditatem pro indiuisa hactenus adhuc possederint, in qua sunt multæ & variæ res, corporales, mobiles & immobiles, & quòd prædictus Titius res omnes communes & hereditatem hactenus in sua potestate habuerit, & pro suo arbitrio administrauerit, & quidem, vt apparet, non satis diligenter & fideliter, ex quo ad diuisionem saltem commodam prouocare placuit, quam tamen à Titio hactenus Caius actor impetrare nondum potuit. Cogi se igitur tandem, vt imploret officium sui Magistratus & Iudicis, & petat, vt illi prædictam hereditatem æquis portionibus diuidant, & vnicuique suam partem singulatim pro diuiso adiudicent, vtque Titium Reum de eo, quod solus percepit, quodq; sua culpa damnum dedit, ampliùs condemnent, prout Ius & ratio postulat.*

Hic autem scias, eum, qui communes has res pro indiuiso ipse possidet & tenet, his rebus debere ad minus eam diligentiam, quam suis rebus præstare solet, *l. 17. §. non tantum. D. familiæ ercisc.* Hoc etiam notandum est, quod in iure Saxonico expressum est, in hoc iudicio familiæ erciscundæ maiorem diuidere, minorem eligere. *lib. 3.* Landtrecht. *artic. 29.*

§. 8. Heres quoque legatorum, &c.

Quarta species de herede, qui adit hereditatem, sed cum legatariis, vel aliis creditoribus hereditariis, nullum proprium negotium contrahit. Hoc ipso tamen, quod hereditatem adit & agnoscit, obligat se iisdem, de quibus dixi, de quo vide Iurisconsult. *in l. apud Iulianum. §. vltim. D. ex quibus causis in poss. eatur.* Et ex hoc actio ex testamento, quæ dicitur actio legatorum, in heredem competit, quæ datur legatariis ad consequenda legata: qui tamen propter legatum & alias in heredem actiones habent. Sed de his omnibus dixi *lib. 2. ad tit. de legat.* Hic & illud nunc monere solemus, quemadmodum heres ex quasi contractu obligatur, sic eum quoque, qui iudicium suscipit, videri sese quodammodo obligari, hoc est, cum eo conuenire, vt si condemnetur, soluat. Atqui hoc est iudicio quodam-

quodammodo contrahi; vide *l.3.§.7.D.de peculio.* Iam potest quoq; addi obligatio iusiurandi, quasi videatur Reus se obligare, si Actor iuret. Sed nunc ad speciem vltimam.

§. 9. Item is, cui quis, &c.

Nunc de indebito. Hoc negotium cõtractibus, qui re fiunt, annumerabat etiam. Dicebat tamen potiùs distractum esse, quàm contractum. Hic obligationib. quasi ex contractu annumerat, nimirum, ex varia consideratione intentionis ipsius dantis siue soluentis, ex obligatione accipientis. Quo ad hunc locũ, qui indebitum dat siue soluit, videtur hac cõsideratione tacitè dare & soluere, vt, si nihil debeatur, repeti possit, & reddi debeat, quod est datum. Ergo, qui dedit siue soluit, quod non debet, potest id repetere. Et sanè, qui sciens indebitum accipit, furtum committit. *l.si iussu.§.2.D. de furt.* Verumtamen hæc non pertinent ad ea, quæ donationis causa aliàs indebita dãtur & accipiuntur, sed ad ea, q̃ vt debita, indebita tamen, dantur & accipiuntur. Sed nunc primum videamus, quid in hac re propriè dicatur indebitũ, postponenda est ipsa definitio, vt vocat IC. Equidem debentur alia naturaliter tantùm, licet non ciuiliter; alia etiam ciuiliter, vt notum est. Iam notum & hoc est, debitum & indebitum eodẽ modo dici, vtputa, ex natura correlatiuorum. Ergo indebitum non vno dicitur modo. Et quæstionis nunc est; An omne indebitum, siue omne id, quod dicitur indebitum, possit repeti? Primò dicere solemus, obligatio naturalis, licet actionem non pariat, condictionem tamen indebiti impedit, id est, eas tamen vires habet, vt quod quis ex naturali obligatione soluit, non possit repetere. Et sic ciuiliter indebitum (naturaliter tamen debitum) non repetitur. Et hinc etiã alia regula solet notari: *Multa quidem sunt, quæ peti non possunt, sed tamen soluta repeti non possunt.* Quid igitur nunc tandem? An ꝙ naturaliter nõ debetur, sed ciuiliter tantũ, quasi naturaliter indebitum repeti possit? Sed & hic inueniuntur diuersa exempla. Et in summa longa difficilisq; est tractatio hæc apud Interpretes. Ego autem fateor & scio, me decere, vt, quoad potero & sciam, breuiter summam quandam doctrinæ complectar. Equidem sic ferè dicunt: Indebitum hic accipi & dici, quod omninò non debetur, id est, neq; ciuiliter, neq; naturaliter; & vide *l si non sortem 26.§.indebitum. item l.in summa 66.§. indebitum.D.de condict. indebit.* Ergo cum dicimus, indebitum solutum repeti potest, intelligimus indebitum, quod ab eo, qui dedit aut soluit, omninò non debetur. Sed tamen incidunt adhuc discentibus, quæ ipsos remorentur. Vt ecce, si quis aduersario iuranti sibi deberi soluit, quod tamen verè non debuit, videbitur omninò indebitum soluisse; & tamen id repetere non potest. Ergo fortè discentibus primùm adhuc plenius aperiendum est, quid hic dicatur indebitũ, quod repeti potest. Et possumus breuiter hoc dicere: Indebitum hic dicitur & est, ꝙ planè indebitũ est, & nec legis auctoritate debetur, nẽpè, quod per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, indebitum est; Item, quod debetur sub aliqua conditione, aut etiam die omninò incerta ante conditionis euentum, planè indebitum est; quod alii debetur, si alii soluatur; aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, soluit; quod amplius solutum est, quàm debeatur. Hæc indebita hic sunt, de quo vide *l sub conditione 16. cum duab. seqq. d. l. si sortem. d. l. in summa. cum similib. D. de condict. indebit.* Porrò verò, quo ad iusiurandum, quod ex causa iudicati, ꝙ transactionis causa promisisti, id vt soluas, lex iubet, & vel legis auctoritate debetur. Quod naturaliter tantum debes, id aliquo tamen modo debes, vt supra dixi. Et iam quidem, vt spero, summatim, etsi breuiter, intelligis, quid sit indebitum.

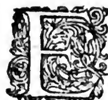
Nunc igitur de definitione, qua in re videmus errata, cum non satis ingeniosè & dialecticè excipitur. Ergo sic regula & definitio concipienda est, vt hic in textu, & supra,

Quib. mod. re contrahitur. §. 2. & in l. 1. D. eod. de condict. indebiti. Indebitum per errorem solutum repeti potest ab eo, qui soluit, siue dedit. Excipe, si quis soluit ex causa iudicati iurisiurãdi, quia hic debitum soluit, non indebitum, vt iam declaraui. Deinde non est etiam excipiendum, si sciens soluerit: nam id regula ipsa continet. Sed potius hic regula declaranda est. Sic igitur, vt auditis, dicimus, indebitũ errore solutum repeti potest. Cur, inquit, *errore solutum?* nimirum nõ debet beneficentia & causa liberalitatis impediri, id est, si quis, quod verè non debet, dare vult. Et dicitur: Cuius per errorem dati repetitio est, eius cõsulto dati donatio est. *l. cuius per errorem. D. de reg iur.* Iam porrò, quod de errore dicitur, intelligatur de errore saltem facti, non iuris, *l 10. C. de ignor. iur. & facti.* nimirum, qui in facto errans soluit, indebitum repetit, non qui in Iure errat. Exemplum habes apud Fabianum Principem, cum docet: *Si quis ex testamento legata distribuere debeat, & plus quàm quadrantem erogare rogatus sit, si soluit integra ea legata, fortè ignorans vires substantia & hereditatis, repetet quod indebitum soluit: Sin putat ipse, se retinere non posse, & se debere atque oportere ex voluntate testatoris integra ea legata dare, non repetet. l error: C. ad leg. Falcid.* Et sic itaque error iuris obest & nocet, *d. tit. C. & D. de iur. & facti ignorantia.* Et nunc videmus igitur amplius, quæ sint præcipuæ ad hanc regulam exceptiones. Indebitum errore facti solutum repeti potest. *l. 6. C. eod.* Et quidem ipsemet Imperator paulò pòst *in §. seq.* subiicit exceptionem hanc: Ex quibus causis inficiãdo lis crescit, ex iis causis indebitum solutum repeti non potest. Primùm hic indicandum nunc est, inficiando litem crescere, quando qui inficiatur & negat conuictus de falsa inficiatione, cogitur aliqd amplius soluere, puta duplũ. Et hoc fit ex leg. Aquilia, ex legato relicto per damnationem. Nunc de casu. Et ideo si cõuentus actione l. Aquiliæ quasi hominẽ vulneraueris, siue non vulneraueris, soluisti, quod nõ debebas, non repetes; quoniam si inficiatus esses te fecisse, & conuictus postea de mendacio, duplum dabis. Quod legato damnatus scribitur, hodiè non obtinet ex emendatione Iustiniani. Sed tamen Iustinianus ius, de quo nunc agimus, adhuc in omni legato obtinere vult, quo ad pias causas, puta Ecclesiis, relictum est. Et sic sanè ex causa pietatis etiam solutũ indebitum non repetitur, de quo expressus textus *in l cum is 32. §. pen. D. de condict. indeb.* Sed cur ita indebitum solutum non repetitur, vt in loco illo de leg. Aquilia? Putant tacitè saltem videri hic contractum metu fortè periculi propter inficiationem, & ideo nõ debere repeti; de quo vide pluribus Hotomannum. Et sic quidem, de quo nunc admonendum, is, qui indebitum accepit, ad indebiti solutionem obligatur. Quo nomine est actio, quæ dicitur condictio indebiti, quę sanè in personam est ex quasi isto contractu, ciuilis, rei persecutoria, perpetua, quæq; heredib. & in heredes datur. Et proponit Actor: Verbi gratia: *Se Titio, cui debebat, nuper soluisse errore quodam aureos centum, cùm tamen non nisi 80. debebat, vt post ex ipso chirographo melius didicit. Cum autem natura æquum sit, id, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, licere reuocare, vt scribit Iurisconsultus* in l. hæc actio 66. D. nostro tit. de condict. indebiti. *petere se, vt iudicetur, Titium Reum viginti, quæ Actor indebita soluit & dedit, restituere oportere, &c.* Potest etiam hoc de vsuris exponi, quæ supra modum exactæ & solutæ sunt: nam eæ vt indebitum repetuntur. *l si non consortem 26. D. de condict. indebiti. l 18. C. de vsuris.*

PER

PER QVAS PERSONAS NOBIS Obligatio acquiritur.

TITVLVS XXIX.



Xpoſitis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quaſi ex contractu naſcuntur, admonendi ſumus, acquiri nobis non ſolùm per nosmetipſos, ſed per eas quoque perſonas, quæ in noſtra poteſtate ſunt; veluti per ſeruos, & filios noſtros: vt tamen, quod per ſeruos noſtros nobis acquiritur, totũ noſtrum fiat, quod autem per liberos, quos in poteſtate habemus, ex obligatione fuerit acquiſitum, hoc diuidatur ſecundum imaginem rerum proprietatis, & vſusfructus, quam noſtra decreuit conſtitutio, vt quod ab actione commodum perueniat, huius vſumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio ſeruetur, ſcilicet patre actionem mouente, ſecundum Nouellæ noſtræ conſtitutionis diuiſionem.

§. 2. Item per liberos homines & alienos ſeruos, quos bona fide poſſidemus, acquiritur nobis, ſed tantùm ex duabus cauſis, id eſt, ſi quid ex operis ſuis, vel ex re noſtra acquirant. Per eum quoq; ſeruũ, in quo vſumfructum [vel vſum] habemus, ſimiliter ex duabus iſtis cauſis nobis acquiritur.

§. 3. Communem ſeruũ pro dominica parte dominis acquirere certum eſt, excepto eo, quod nominatim vni ſtipulando, aut per traditionem accipiendo, illi ſoli acquirit; veluti, cùm ita ſtipulatur: *Titio domino meo dare ſpondes?* Sed ſi domini vnius iuſſu ſeruus fuerit ſtipulatus, licet antea dubitabatur, tamen poſt noſtram deciſionem res expedita eſt, vt illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere iuſſit, vt ſupra dictum eſt.

COMMENTARII.

EXpoſuit Imperator hucusque obligationes ex contractibus, & quaſi contractibus. Nunc iudicauit operæ pretium ſe facturum, ſi doceat, per quas perſonas nobis obligatio, & ex hoc actio acquiratur; anne ſolummodò per nos ipſos id fiat, vt obligationem & actionem acquiramus; an verò etiam per alios? Et hoc ipſum argumentum eodem modo *lib. 2.* poſt locũ de dominio, ſiue de acquirẽdo dominio ꝓpoſuerat. Et mouet nũc Accurſ. quid igitur inter hunc & iſtum tit. *lib. 2.* interſit? Sanè ibi de acqrendo dominio & poſſeſſione, hic de acqrẽda obligatione agitur. Sed q̃rit iam idem Accurſ. qd verò tum inter hũc tit. & tit. eiusd. *lib.* 3. de ſtipulatione ſeruorum, in quo itidem de acquirendo per alios agitur, interſit? Et ſanè præſens tit. non habet *in D.* correſpondentẽ; & videtur ex eo tit. *D. de ſtipulat. ſeruor.* maxima ex parte deſumptus. In Codice tamẽ eſt tit. *lib. 4 per quas perſonas nobis acquir.* Equidem verum eſt, de hac materia etiam ſupra *tit. de ſtipulat. ſeruor.* actum eſſe; imò verò non modo hoc ſed etiã ſæpius *tit. de inut. ſtip.* de hac materia ꝓtractatum

tum est; sed ibi particulatim & specialiter. Nunc verò in vniuersum & in genere de hoc capite annotare vult, sumpto, vt apparet, ex illo tit. *lib. 2.* quæ saltem accōmodentur nunc ad materiā obligationis, q̄, vt diximus, desumpsit maxima ex parte ex tit. *de stipulat. seruor.* addens tamen simul de acquisitione per liberos nostros ex tit. *C. de bonis quæ liber.* Itaq; vides, totum hunc titulū alibi iam ante satis ferè esse expositū, nisi vt fiat accōmodatio. Et in summa benè scribit & docet Aristo. *lib. 9. Eth. c. 11. & lib. 1. Polit. c. 3. Seruum in domo esse quasi animatum instrumētum, quo dominus vtitur ad rem familiarem.* Et iam sæpè audiuistis, nō solum seruus acquirit domino, sed etiam filiusfam. patri acqrit, & seruus quidē domino suo simpliciter & vniuersaliter acqrit, ad filium verò familias quod attinet, distinctio adhibetur, ex ratione peculii, nimirū, patri solummodò acquirit integrè quidē in bonis vel ex bonis profectitiis; in castrensib. vel quasi castrensib. bonis sibi acquirit, cum in his vt paterfam. consideretur. In aduentitiis verò bonis patri acquirit commodum & vsumfructum, sibi ipsi ꝓprietatem. Et de his omnib. plenius dictum est ad eum tit. *lib. 2. per quas personas, &c.* vbi & ius antiquum & nouum expositum est, & fundamenta etiam solidiora indicata sunt in loco, de iure personarū, item de patria potestate, *lib. 1.* Sed nunc ad accōmodationem in materia præsenti de obligationib. Et consequitur quidem ex his, vt, si sint obligationes & actiones ex bonis castrensib. vel quasi ipsi filio acquirantur pleno iure, vtq; ipse administret; ex ꝓfectitiis verò patri actiones acquirantur & dentur, ex aduentitiis fieri debere diuisionem secundum proprietatem & vsumfructum, nimirum, vt Iustinian. hic scribit, vt, quod ab actione cōmodum proueniat, huius vsumfructum quidem pater habeat, ꝓprietas autem filio seruetur. Qua in re prouocat ad suam quādam Nouell. *sub tit. de bonis, quæ liber. l. fin.* nempè hoc deciditur primum quātum ad bona hæc aduentitia, vt, si pater vsumfructum respuat, filius ipse agere possit & soleat cōsensu patris: sin verò pater vsumfructum amplectatur, ipse pater agat consensu filii, nisi tamen etiam filius vel teneræ admodū ætatis sit, vel absit. Atqui amplius ex bono & æquo filio vtile exercitium actionum etiam in profectitiis & aduentitiis in vniuersum concessum est, absente aut permittente patre; de quibus vide *in d. l. vlt. § & finis. item §. vbi autem.* & Accurs. *in l. longius. de iudic.* item D. Cuiacium *hic.* Et hæc de filiofamilias, quando & quibus ipse contrahēdo vel quasi obligationem & actionem acquirat. An autem & quatenus filiusfamilias contrahendo sine patris consensu obliget & obligetur, alio loco diximus.

Nunc de seruis. Vbi agitat varias theses & varias enunciationes, de seruo proprio, de seruo alieno, de seruo bona fide possesso, de eo, in quo vsumfructum vel etiam vsum habemus; de homine libero bona fide possesso; de seruo communi. Per omnes enim istos nobis acquirimus, quod in rem nostrum est. Et de his & talibus vidimus ad prædictum *tit. 9. eiusdem inscriptionis lib. 2.* Accommodantur etiam pleraq; istorum ad alios, qui sunt in familia nostra, seruis quo ad acquirēdum quodammodo similes. De quibus cōsule Accursium, supr. *de inutilib. stipulat. § si quis alii.* & Bartol. *in l. si communis seruus, D. de stipulat. seruorum.* Et sic finiuimus hunc librum.

Titulum XXX. & finalem, *Quibus modis tollitur obligatio*, reiecimus nos in Librum sequentem, quo propriè pertinere debet, ante titulum, de Actionibus. Nam alii adhuc in initio IV. libri recensentur modi obligationum.

INSTI-

INSTITVTIONVM IVRIS DIVI IVSTINIANI

LIBER QVARTVS.

DE OBLIGATIONIBVS, QVÆ EX DELICTO NASCVNTVR.

TITVLVS I.



QVùm sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, vt de obligationibus ex maleficio [& quasi ex maleficio] dispiciamus. Sed illæ quidem (vt suo loco tradidimus) in quatuor genera diuiduntur; hæ verò vnius generis sunt. Nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, iniuria.

§. 2. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam vsus eius, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. Furtum autem vel à furuo, id est, nigro, dictum est, quòd clàm & obscurè fiat, & plerunque nocte; vel à fraude, vel à ferendo, id est, auferendo, vel à Græco sermone, quòd φῶρες appellant fures. Imò & Græci à ferendo φῶρες dixerunt.

§. 3. Furtorum autem duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quàm genera furtorũ, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ, appellant, nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit; veluti, qui in domo furtum fecit, & nondum egressus ianuam, deprehensus fuerit, & qui in oliueto oliuarum; aut in vineto vuarũ furtum fecit, quãdiu in eo oliueto, aut in vineto deprehensus fuerit. Imò vlteriùs furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenẽs visus vel deprehensus fuerit, siue in publico, siue in priuato, vel à domino, vel ab alio, antequàm eò peruenerit, quò deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit quò destinauit, tametsi deprehendatur cum re furtiua, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quę di-

ximus, intelligitur. Nam quod manifestum non est, id scil. nec manifestum est.

§.4. Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem testibus præsentibus furtiua res quæsita, & inuenta sit: nam in eum propria actio constituta est, quamuis fur non sit, quæ appellatur Concepti.

§.5. Oblatum furtum dicitur, cùm res furtiua ab aliquo tibi oblata sit, eaq; apud te concepta sit, vtiq; si ea mente tibi data fuerit, vt apud te potiùs, quàm apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria aduersus eum, qui obtulit, quamuis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur Oblati. Est etiam prohibiti furti actio aduersus eum, qui furtum quærere, testibus præsentibus, volentem prohibuerit.

§.6. Prçterea pœna constituitur edicto Prçtoris per actionem furti non exhibiti, aduersus eum, qui furtiuam rem apud se quæsitam, & inuentam nõ exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti & oblati, & furti prohibiti, necnon furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quùm enim requisitio rei furtiuç hodiè secundum veterem obseruationem non fiat, meritò ex consequentia etiam præfatæ actiones ex vsu communi recesserunt, quùm manifestum sit, quòd omnes, qui scientes rem furtiuam susceperint & celauerint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

§.7. Pœna manifesti furti quadrupli est, tàm ex serui, quàm ex liberi persona; nec manifesti, dupli.

§.8. Furtum autem fit, non solùm cùm quis intercipiendi causa rem alienam amouet, sed generaliter, cùm quis alienam rem inuito domino contrectat. Itaque siue creditor pignore, siue is apud quem res deposita est, ea re vtatur, siue is qui rem vtendam accepit, in alium vsum eam transferat, quàm cuius gratia ei data est, furtum committit; veluti, si quis argentum vtendum acceperit, quasi amicos ad cœnam inuitaturus, & id peregrè secum tulerit; aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longiùs aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

§.9. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter vterentur, quàm vtendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant, id inuito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum. At si permissurum credant, extra crimen videri, optima sanè distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committatur.

§.10. Sed & si credat aliquis inuito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Vnde illud quæsitum est, quùm Titius seruum Mæuii solicitauerit, vt quasdam res domino subriperet, & ad eum perferret, & seruus id ad Mæuium pertulerit, (Mæ-

uius

uius autem, dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſeruo quaſdam res ad eum perferre,) vtrum furti, an ſerui corrupti iudicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & antiquorum Prudentium ſuper hoc altercationes perſpeximus, quibusdam neq; furti, neque ſerui corrupti actionem præſtantibus, quibusdam furti tantummodò, nos huiusmodi calliditati obuiam euntes, per noſtram deciſionem ſancimus, non ſolùm furti actionem, ſed & ſerui corrupti contra eum dari. Licet enim is ſeruus deterior à ſolicitatore minimè factus eſt, & ideo non concurrant regulæ, quæ ſerui corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſerui introductum eſt, vt ſit ei pœnalis actio impoſita, tanquam ſi re ipſa fuiſſet ſeruus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate & in alium ſeruum, qui facilè poſſet corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.

§. 11. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; veluti, ſi quis liberorum noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.

§. 12. Aliquando autem etiam ſuæ rei furtum quis committit; veluti, ſi debitor rem, quàm creditori pignori cauſa dedit, ſubtraxerit.

§. 13. Interdum [quoque] furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit: qualis eſt is, cuius ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, vt alius eos raperet, aut tibi obſtiterit, vt alius rem tuam exciperet, aut oues tuas, vel boues fugauerit, vt alius [eas] acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui panno rubro fugauit armentum. Sed ſi quid eorum per laſciuiam, & non data opera, vt furtum admitteretur, factum eſt, in factum actio dari debet. At vbi ope Mæuii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & conſilio eius quoq; furtum admitti videtur, qui ſcalas fortè feneſtris ſupponit, aut ipſas feneſtras vel oſtium effringit, vt alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut ſcalas, vt feneſtris ſupponerentur, commodauerit, ſciens cuius [rei] gratia commodauerit. Certè, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantùm conſilium dedit, atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti.

§. 14. Hi, qui in parentum vel dominorum poteſtate ſunt, ſi rem eis ſurripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtiuā cauſam cadit (nec ob id ab vllo vſucapi poteſt, antequam in domini poteſtatem reuertatur) ſed furti actio non naſcitur, quia nec ex alia vlla cauſa poteſt inter eos actio naſci. Si verò ope & conſilio alterius furtum factum fuerit, quia vtique furtum committitur, conuenienter ille furti tenetur, quia verum eſt, ope & conſilio eius furtum factum eſſe.

§. 15. Furti autem actio ei competit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quàm si eius intersit rem non perire. Vnde constat, creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potiùs incumbere, quàm in personam agere, adeò quidem, vt quamuis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

§. 16. Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa cōstituta acceperit, eaq; furto amiserit, ipse furti habet actionē, nō dominus, quia domini nihil interest, eam rē non perire, cùm iudicio locato à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori subrepta re, quam emerit, quamuis dominus non sit, omninò competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quàm si soluēdo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem soluere possint. Nam si soluendo non sint, tunc, quia ab eis suum dominus consequi nō possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse. Idem est, & si in parte soluendo fuerit fullo, aut sarcinator.

§. 17. Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam vt ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoq;, qui commodatum vtendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare.

§. 18. Sed nostra prouidentia etiam hoc in nostris decisionibus emendauit, vt in domini voluntate sit, siue commodati actionem aduersus eum, qui rem commodatam accepit, mouere desiderat, siue furti, aduersus eum, qui rem subripuit, & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem; sed siquidem furem elegerit, illum, qui rem vtendam accepit, penitùs liberari. Sin autem cōmodator veniat aduersus eum, qui rem vtendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse aduersus furem furti actionem. Eum autem, qui pro re commodata conuenitur, posse aduersus furem furti habere actionem, ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam, aduersus eum, cui res commodata fuerit, peruenit. Sin autem nesciens & dubitans rem esse subreptam, apud eum commodati actionem instituerit; postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem peruenire, tunc licentia ei cōceditur & aduersum furem venire, obstaculo nullo ei opponendo; quoniam incertus constitutus mouit aduersus eum, qui rem vtēdam accepit, commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omninò furem à domino

quidem

quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit, quùm manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito, aduersus furem transierit, omninò liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcunque causæ exitum dominus aduersus furem habuerit, eadem definitione obtinente, siue in parte, siue in solidum soluendo sit is, qui rem commodatam acceperit.

§. 19. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat, sed tantùm in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit, qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ eius rei nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest rem saluam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit.

§. 20. In summa, sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amouendo furtum faciat? Et placuit, quia furtum ex affectu [furandi] consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

§. 21. Furti actio, siue dupli, siue quadrupli, tantùm ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vendicando, aut condicendo potest auferre. Sed rei vendicatio quidem aduersus possessorem est, siue fur ipse possidet, siue alius quilibet; Condictio autem aduersus furem ipsum, heredemue eius, licet non possideat, competit.

COMMENTARII.

DIstinctio siue diuisio librorum, item continuatio & ratio transitus ex principio huius textus nota esse possunt, & de his non est litigandum, ad res perueniamus. Supra dictum erat, obligationem esse Iuris vinculũ, quo astringimur ad aliquid soluẽdum, nempè, alter alteri obligatur, vt aliquid soluat. Dictum etiam erat, hoc vinculum nasci ex contractu vel quasi, item ex delicto, vel quasi. Ergò hic agitur de eo, quomodo alter alteri obligetur ex eo, quod in eum siue aduersus eum deliquit, quod eum iniuria læsit. Et sic itaque agitur de priuata obligatione & actione Sunt etiam ex delictis, & præsertim atrocioribus, obligationes, actiones & iudicia publica, cum quis ex eo, quod deliquit, Reipublicæ obligatur ad pœnam. Sed de his ex professo hic non agitur, verùm infra *eod. lib. tit. vlt. de public. iudiciis.* Ergò rursum de priuatis delictis hic agitur, & priuatis iudiciis ex delictis, itemque ordinariis & ciuilibus, nõ publicis, non criminalibus. Et sunt ea delicta potissimum hæc, Furtum, Rapina, Damnum iniuria datum, & Iniuria; ex quorum tamen nonnullis hodiè magis agitur criminaliter, quã ciuiliter, vt suo loco indicabimus. Porrò cum ex delicto dicimus obligari, scias, hoc sic intelligi debere, obligationis eius & actionis causam efficientem esse delictum, id est, factum eius, qui alteri iniuria nocuit, siue alterum iniuria læsit. Id enim hic delictum est; & ex eo esse obligationem & actionem ad pœnam siue pœnalem. Sed nunc quæri-

tur, qualis sit ea obligatio; & quæ eius æquitas? Et quod attinet ad eum, qui deliquit, qui nocuit, constat legis eam naturam esse, & legem talem esse, vt aut obliget ad obedientiam, aut ad pœnā; & rursus, æquissimum esse, vt quod alteri tua culpa damnum dederis, id pręstes & sarcias. Ergò sanè verum est, eum, qui deliquit, ex æquo, bono & natura ipsa obligari. Et huc pertinent verba posteriora in definitione furti *in Pandect. & hic.* Item id, quod scribitur *in l. probrum. D. de verb. significat.* Sed quod ad eum, qui pœnam hanc exigit, non modò minus prudentes Christiani, atque adeò etiam fanatici imperiti obiiciunt dicta quædam scripturæ sanctæ: *Remittite & remittetur vobis*, & similia. In quibus omnibus Christianis hoc saltem tenendum est, ne quicquam ipsi in iudicium adferant priuatæ vindictæ causa. Et alioquin solet hic committi fallacia, vt vocant, accidentis, veluti, cum dicitur: Priuata vindicta prohibita est; ergò actio iniuriarum prohibita est. Nam quòd plerunque actio iniuriarum proposita secum trahit cupiditatem vindictæ, id per accidens fit ex corrupta & viciata hominis natura, & potest actio illa sine illa corruptela esse. Sed dico, non modò isti talia ineptiùs obiiciunt, sed etiam Bartolus antesignanus, &, vt putatur, lumen iuris, dicebat, eas actiones pœnales continere quid iniquum, & veluti vsurarium, cùm plus exigatur quàm damnum, quod datur, reuerà est. Notauit Bart. *in l. post decisionem. Cod. de furt.* & allegat *c. fraternitas 12. quæst. 2.* & repetit latius Zasius *in tit. de act. § quadrupli. in dict. cap. fraternitas* scribitur, Ecclesiam sine augmento sibi ablata recipere debere, & non debere lucra damnis quærere. Sed hoc Gregorius Pontifex rescribit Ecclesiæ Anglorum. Quod autem illæ pœnæ damnandæ sint, potest fieri ex causa supra dicta, propter cupiditatem priuatæ vindictæ; aliàs has pœnales actiones non esse impias & iniustas cōtra ostendo, quòd Deus ipse tales actiones instituerit in sua lege, quam dedit populo suo electo, vt oùm ex furto facto iubet & mandat proximo restitui duplum, quadruplū, quinduplum. *Exodi 22.* Ea lex quidem ad nos non pertinet, sed videmus tamen, quòd liceat imitari. Et hæc quidem generaliter nūc ad species & primo de furto. Si hoc tamen prius quoq; exposuimus, quod in textu quidem in genere & in vniuersum docetur, obligationes ex contractu quatuor esse generū, ac ex delicto omnes vnius generis esse, & ex re saltem nasci, id est, ex ipso maleficio & delicto. Vbi Accursius obiicit, iniuriam tamen etiam verbis fieri & literis, & sic hæc quoque obligatio ex re erit ex verbis & ex literis. Sed expedita responsio est. Ex verbis, & literis nō esse hanc obligationem ad pœnam, sed ex ipsa re, id est, maleficio. Nunc igitur de furto, de quo extat eiusdem inscriptionis tit. *in D. lib. 46. 47. de furt.*

§. 2. Furtum est contrectatio, &c.

De furto incidunt hæc præcipuè capita. Quid sit furtum? Quotuplex sit? Quis furtū committere possit, id est, quis ex facto furto teneatur? Quæ & qualis sit actio siue etiam actiones ex furto? Et imprimis ista breuiter in definitione indicari possunt postea latius ad vsum & ad Praxin.

Definitio hic adscribitur ex Paulo Iurisconsulto *in l. 1. D. de furtis.* his verbis: *Furtum,* inquit, *est cōtrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam vsus eius possessionisue, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Atqui, vt hoc in initio dicam, hæc furti definitio est definitio furti ciuilis, ex quo actione furti ciuiliter & criminaliter agi potest, etsi non semper criminaliter, vt postea videbimus. Fit verò reuera multis etiam aliis modis furtum, coràm Deo & in causa conscientiæ, ex quo tamen non est furti actio, sed vel nulla actio, vel aliqua saltem actio. Et notum est illud vulgare, quod

quòd M. Catoni adscribitur, vt est apud A-gellium *lib.11.cap.18*. Fures priuatorum furtorum in neruo atque in compedibus ætatem agunt: Fures publici in auro atque in purpura. Nunc igitur expendamus diligenter definitionem. *Furtum* inquit *est contrectatio*, alio loco legitur *attrectatio*, quod verbum significat, vt sic loquar, attractionem & comprehensionem, quæ fit manu. Et videndum est per casus quosdam enucleatos, vt alibi loquitur Iurisconsultus, quid sibi isto verbo velint, & cur non dixerint potius loco generis, est ablatio, siue subtractio. Principiò dicunt nostri, solo animo furtum non fieri, id est, sola voluntate *l.1. & l. vulgaris §. qui furti. D. eod.* Et huc potest etiam accommodari generalis illa sententia: *Cogitationis pœnam nemo meretur*, nempè in foro hoc ciuili *l. cogitationis. D. de pœnis*, de qua regula fortassis postea plura dicemus. Iam secundo docent & dicunt nostri: *Rerum incorporalium furtum non fieri*, quia earum rerum propriè non est contrectatio *l. 53. & l. 76. D. eod.* Tertiò docent: *Furtum itidem non fieri in re immobili*, quia & ista contrectari non potest. Et sic sanè docent etiam, res immobiles facilius posse vsucapi, cùm in illis non fiat furtum, sed tantum vis, ita supra *lib.2.tit. de vsucap.* Quartò, in re deposita, in commodato, in pignore, etsi eam rem auferre vel auertere non velis, furtum tamen fieri posse docent. Nec enim furtum amotio vel ablatio rei definitur, sed contrectatio mala. Et hæc igitur de verbo contrectationis est. Iam addit ampliùs: *contrectatio fraudulosa*. Neque enim quælibet rei contrectatio furtum habet, sed quæ cum fraude coniuncta est. Docent igitur & ex hoc plura. Imprimis furtum non esse nisi in re aliena, cùm in re propria fraus esse siue committi non possit. Sed habet tamen & hoc distinctionem, nempè nisi alius in re mea ius aliquid habeat, quo fraudari possit à me dominio. Et huc pertinet *§. aliquando. infra eod.* vt, cùm quis, quod tibi pignoris loco dedit, deinde tacitè subtrahit. Secundò, fit ex hoc, vt non possit fieri furtum, cùm quis contrectat rem alienam domino permittente & consentiente, cùm hic nulla fraus sit. Tertiò, sed etsi dominus consentiat, quem contrectans putat non consentire, furtum non fit, quod reuera & reipsa dominus non fraudetur; & sic rursus non fit furtum apud nos solo animo, siue animus furem non facit *l. inter omnes. §. rectè, l. qui fas. D. eod.* Quartò eo ampliùs adhuc, si contrectans quolibet errore ductus putat siue credit dominum permittere & consentire, cùm reuera is non consentiet, furtum non fit, quod hic fraus & consilium furandi non fit *d. l. inter omnes. §. rectè & in l. in furti. cum similibus.* At hic quoque distinctio adhibenda est: Nam, si causam nullã habes putandi, siue credendi, alterum istum permittere, sicque erres in Iure, vulgò & in communi vitæ consuetudine noto, à furto nequaquam excusaris. Sentiunt etiam de eo, qui quid in terra iacens, & quod pro deperdito saltem est, vt loquitur Iurisconsultus, lucri faciendi causa sustulerit, putans id sibi licere, vide *l. falsus. §. qui alienum. D. de furtis.*

Diximus hactenus de duobus verbis definitionis; iam ad reliqua. Ait deinceps, *lucri faciendi gratia*, quo verbo ostendit ampliùs, vt sit furtum & furti actio, non satis esse rem alienam inuito domino fraudulenter contrectatam esse, vel esse ablatam, sed maximè etiam inspiciendum finem, quo fine, quoue proposito & animo id factum sit. Et præclarè dictum est à Iurisconsulto: *voluntas & propositum distinguunt maleficia. l. qui iniuria 53 D. eod* Et sic scribitur: si quis meretricẽ alienam rapuit vel celauit, furtum non esse, quia causa faciendi fuit libido, non furtum, vide *l. qui iniuria. & l. verum est. D. eod.* Ait amplius *vel ipsius rei vel vsus, &c.* vt ostendat, non modò furtum fieri, si alienam rem inuito domino contrectes, vt eam

omninò

omninò lucrifacias, id est, auferas vel surripias; sed etiam re ipsa relicta domino suo, eo tamen inscio & inuito, cupias in vsum rei vel possessionem lucrifacere; id quod accidit in re commodata, deposita, item in pignore. Ait denique, *quod lege naturali prohibitum est admittere*, vt ostendat, hoc probrum etiam turpe esse, & non ciuiliter tamen; vt *in l. probrum. D. de verb. sign.* Huc pertinet perpetua lex Decalogi: *Non furtum facies.* Ergò consuetudines & mores furta probare & à furto excusare non possunt, vt olim tamen fiebat apud Ægyptios & Lacedæmonios; si quis solemniter furari posset. De quo & aliis nonnullis ad hunc locum & definitionem pertinentibus multa eleganter Agellius *citato loc. vel capit. supra 18. lib. 11.* Hæc igitur breuiter de definitione.

Nunc ad alia. Et sequitur definitio seu notatio & ratio nominis. Sed in his probabiliter saltem aliis aliud videri solet, quæ relinquimus in medio, vide Agellium *loco iam citato, & l. 1. D. nostro tit.*

§. 3. Furtorum autem duo sunt genera, &c.

Nunc ad diuisionem quandam furtorum, vbi tamen & alia nonnulla *ex §§. seqq.* addenda sunt, quæ tantum Iuris saltem quandam significant antiquitatem. De quibus poteris apud alios, Hottomannum, Balduinum; item apud Agellium *d. loco, & rursus lib. 16. cap. 18.* prolixius repetere. Nos his subtilitatibus antiquis non decreuimus immorari, & possumus obiter indicare. Sed ad rem. Distinguit igitur nunc furta, & recenset simul veteres actiones furtorum, nempè furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti, item ope & consilio facti. Hisce autem veteribus actionibus sublatis, manent nunc actiones ex duabus speciebus furti, nempè manifesti, & nec manifesti; ex quibus sunt diuersæ actiones. Igitur duplex nunc est furtum, manifestum, & nec manifestum, de quorum definitionibus prolixius textus *hic & in l. 4. cum 4. seqq. D. eod.* Item Paulus *in sententiis lib. 2. tit. 31.* Et sæpè citatus Agellius, sed breuiter. *Manifestum furtum* est non quidem, quod manifestò fit aut per vim; nam de eo furto infra; sed cum fur in furto, siue cum re furtiua nondum abducta, id est, eò deducta, quò rem ferre destinauerat, deprehenditur. Atque cum hoc furtum manifestum sit, intelligis statim, quid sit non manifestum, & quis sit fur manifestus, & nec manifestus, de quibus tamen plenius, vt dixi, in allegatis textibus.

§. 4. Conceptum furtum, &c.

Monui de his actionibus, quæ tempore Iustiniani in desuetudinem venerunt; neque licet nunc ita ædes alienas perscrutari, & res furtiuas inquirere. Nec aliàs furti quis tenetur, quàm ex dolo, & si sciens rem furtiuam accepit, emit, celauit, idque tum ferè actione furti nec manifesti. Equidem apud nos, qui bona fide rem talem nactus est, in eum actione conuenitur, non etiam famosa ista & pœnali actione furti. Qui tamen emit rem furtiuam, facilè incidit in suspicionem fraudis & furti ex circumstantiis, si clam emit, si vili pretio. Et de his pulchrè notatur post text. *in l. in ciuilem. & l. nos. C. de furt.* Inquisitiones quoque rerum furtiuatum, de quibus hic in versu est (*etiam prohibiti*) in domibus suspectis, vel apud suspectos, publicis adhibitis personis, fieri solent, vt notat Ioannes de Platea. Quod scribit de veteri obseruatione requirendi rem furtiuam, putant, eum respicere ad furtum, quod dicebatur concipi per lancem & licium, de quo Agellius *lib. 16. c. 10.*

§. 7. Pœna manifesti furti, &c.

Nunc de actionibus, de quibus est etiam *in §. nostro finali.* Et quidem aduersus furem, quatenus rem nostram tenet, actiones in rem competunt, vt rem restituat, Rei vindicatio, cuius præparatoria siue præparatio solet esse actio ad exhibendum. Sed & alia adhuc actio rei persecutoria competit aduersus

uersus furem, quæ dicitur cōdictio furtiua, de qua *D. tit. de cond. furtiua.* Quatenus verò furtum nobis fecit & furtum commisit, ex delicto pœnalis est actio, quæ dicitur actio furti; quę famosa est actio, & heredibus quidem datur, sed non in heredes: est tamen actio rei ciuilis & priuata, & nunc quæritur, quæ sit ex ea actione pœna? Ait, dupli & quadrupli, prout furtum erit: Nam ex furto manifesto quadrupli; ex nec manifesto dupli pœna est. Et sunt meræ pœnales istæ actiones, ita vt duplo & quadruplo nō insit res ipsa ablata, quæ seorsim adhuc peti potest per eas actiones, quæ sunt rei persecutoriæ, nec rei persecutoriæ per istam furti actionem, nec hæ per illas perimuntur. Omnibus autem istis actionibus consulitur ipsi læso. Hoc enim nuper dixi, has actiones etiam pœnales priuatas esse inuentas & institutas in eorum gratiam, & ad vlciscendum eorum dolorem, quibus facta est iniuria. Seorsim instituta sunt criminalia iudicia, de quibus omnibus diligenter præmonui in initio. Sed hic pulchrè quæritur, cur visum sit grauius puniendū furtum manifestum, quàm nec manifestum. Hanc rem post glos. præcipuè excutiunt Baro, Hopperus & Hottomannus, quos sequitur etiam Zasius *in §. ex maleficiis infra. de act.* Et prædicti duo vnà cum Zasio facilè consentiunt cum Accursio. Hottomannus singularis est, cui non assentio. Balduinus huius rei non satis iustam reddi posse rationem scribit, cui facile subscribo, nisi quod putem aliquid tamen fuisse, quod mouerit legislatorem. Quicquid sit, verè dici puto, hanc rationem sequutos esse Auctores legis, quod insignior esset improbitas eius, qui tā auidè & feruenter prædæ inhiaret, vt flagitium non formidaret. Nam qui pudorem negligit, audacior est ad peccandum. Et ea ratione audiemus infra raptorem atrocius puniri. Ita vir quidam magnus.

Sed nunc videamus diligentius de pœna furti. Equidem lex vetustissima de hac re est lex decem-viralis, quam constat magna ex parte desumptam esse ex legib. Græcorum, necnon etiā aliquatenus ab Ebræorū legibus. Et sanè de lege Mosaica videbis *in Exodo cap. 22.* quæ lex in fures pœnam capitalem non habuit. In Græcia quoque, tempore Solonis, in furem saltem fuere pœnæ pecuniariæ in duplū; de quibus diligenter A-gellius *lib 11. cap. 18.* Decem-viri apud Romanos neque pari seueritate, vt olim Græci, in puniendis omnium generum furibus, neque remissa nimis lenitate vsi sunt. Et furem quidem, qui manifesto furto prehensus esset, occidi impunè permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu se telo, cum prehenderetur, defenderet. Ex cæteris manifestis furibus liberos verberari, addicique iusserunt ei, cui factum furtum esset; seruos furti manifesti prehensos verberibus applicari, & è saxo pręcipitari; pueros impuberes prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Aliis deinde furtis omnibus, quæ nec manifesta appellantur, pœnam imposuerunt pecuniariam dupli. Ita vides primum apud Romanos ex furto facto fuisse pœnam coercitionis corporis, siue pœnam publicæ castigationis. Post hoc verò placuit Prætoribus, vt pro furto omninò esset pœna pecuniaria priuata; & quidem pro furto manifesto pœna illa quadrupli à Prætore constituta est, pro furto nec manifesto reseruata antiqua pœna dupli. Et hoc nota. Verum enim est, repugnantibus tamen multis, quod Accursius scribit, actionem furti manifesti Prætoriam esse, & proinde annalem: nec manifesti verò ciuilem, & ita perpetuam. Quod autem antè ex lege 12. tabularum diximus de furibus manifesto prehensis impunè occidendis, id etiam leges nostræ adhuc retinent, quæ tamen diligentius declarant, cum clamore id esse testificandum, & eum non debuisse occidi, quem commodè possis comprehendere, & cui possis parcere, ita in *l. itaque 4.*

cum l sequenti. D. ad l. Aquil. l si pignore 56. D. de furtis l. furum 9. D. ad l. Cornel. de sicariis. Atque post hoc quoque iterum ex furto magis cœptum est agi criminaliter extra ordinem, vt testatur Vlpianus *in l. finali. D. de ordin.* neque tamen sublatam actionem hanc ciuilem etiam ordinariam, si quis ea vti velit, *vt in d. l. fin.* Hodiè omninò ex furto facto magis agitur criminaliter.

Et quæritur nunc de pœna. Vlpianus, vt audiuistis, scribit, extraordinariam esse; at quæ fuerit aut sit non addit. Sanè nunquam hoc delictum tanti fecerunt illi, vt ex eo publicum iudicium esse vellent. Quidam hodiè fures vltimo supplicio affici noluerunt, cum Moyses ita non puniat. Hic sanè non admodum vrget argumentum Omnia peccata & delicta morte esse punienda. Voluit enim Deus, differentiam tamen esse, quo ad politicum ordinem. Et videmus, omnium præceptorum vsque ad præceptum : *Non furtum facies*, capitale fuisse supplicium, hoc leuius fuisse visum, sed reuertamur nunc ad nostros, vt videamus de pœna. Marcianus Iurisconsultus scribit, Rei modicæ furtum publicè aut capitaliter non esse solitum vindicari. 23. *D. de bon. eorum qui sibi mort. consciu.* & idem rursus scribit : Furta domestica, si leuiora sint, publicè vindicari non debent, *l. respiciendum D. de pœnis.* Iustinianus propter imbecillitatem & infirmitatem humanam, vt ipse ait, pœnas corporales minuens de pœna furti commissi apertè edicit, ne pro furto membrum absciudatur, aut mori quis cogatur, sed aliter castigetur; & videtur ibi probare castigationem virgarum, & exilium, vide *Nouell 120. in fin.* Tandem Fridericus Imperator in Constitutione quadam edita, vt quidam arbitrantur, Ratisbonæ, pacatis iam rebus Romaniis vom Landtfrieden / constituit, *vt si quis quinque solidos valens aut amplius fuerit furatus, laqueo suspendatur, sin minus, scopis & forcipe excorietur.* Ita habent verba tit. *De pace tenenda & eius violatoribus. §. si quis quinque solidos. in vsibus feudorum libr. 2.* Quod licet dicitur, *scopis & forcipe excorietur*, alibi dicitur, *formam cum capillis perdat.* nempè flagris cuteque tenus tonsione deformetur. Et fuit hæc ignominiosa pœna valdè vsitata, vide *in Nouell. Leonis Nouell. 60. 63 & 92.* Et in Iure Saxon. *lib. 2. art. 13.* ait textus, zu Haut vnd Haar/ & addit gl. iidē sunt zu stäupen. Equidem de hoc textu Friderici, & de solidis, inter doctos contentio est. Vide Equinanarium Baronem ad hunc locum, qui etiam ait, eadem illa emendata & reuocata esse *alio tit. in vsib. feudorum, de pace tenenda inter subditos.* Talia quædam etiam annotat Ch. lian König *in praxi sua.* Sed, quicquid sit, ex eo textu in his terris ferè concipiuntur sententiæ, vt postea.

Porrò extat ampliùs æquissima lex de puniendis furibus, siue de pœna furtorum, Caroli V. in peinlicher Halsgerichts Ordnung. Et eo Iure passim in Germania vtimur, vbi ille vult diligenter admodum ipsius furti circumstantias considerari, & ita puniri furtum vel pœna pecuniaria, vel abscissione aurium, castigatione virgarum & exilio, & nonnunquam pœna vltimi supplicii, vbi vsitata est pœna laquei, mit dem Strang. Vide ibi in loco vom Diebstal/ per multos articulos Et quod furem etiam vltimo supplicio afficiamus, non videatur mirum (contra quàm olim) consideranti, quod nonnunquam euenit, vt inquit Iurisconsultus, vt aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur; idq; ob hæc potissimum tria.

I. Cum multis grassantibus opus est exemplo, vt sic pœna vnius sit metus multorum *l. 1. C. ad l. Iul. de rep l. 6. ad finem. D. de custodia*

custodia reorum. Vide etiam Agellium *lib.* 20. *cap.* 1.

II. Cum res ipsa & crebrior vsus flagitii postulat, vt in quibusdam prouinciis grauius plectantur delinquentes, de quo *d. l. aut facta.*

III. Cum ab eodem idem delictum admissum est & iteratum, ita vt nulla sit spes emendationis propè reliqua. *l. capitalium. §. solent. D. de pœnis.* Atque Syracides de furti atrocitate scribens *c.* 5. *furem*, inquit, *grauis sequitur ignominia.* Atque idem tamen *cap.* 20. *tolerabiliorem esse ait furem, quàm mendacij assuetum.* Salomon *Prouerb.* 5. comparans adulterum cum fure ait: *Leuem esse culpam furis.* Sed nos in fures seueriores ferè sumus, quàm in adulteros. Porrò verò ex Iure Saxonico in fures expressa est pœna laquei siue suspendii *lib.* 2. *artic.* 13. Et Scabini harum regionum moti d. constitutione Friderici vsitatè pronunciant, vt si quis valens quinq; aureos Vngaricos furatus sit, ita puniatur laqueo. Hæc igitur de pœna furti. Sunt & aliæ species furti, quæ speciales etiam pœnas habent; sed ista oportet reseruari etiam ad tit. vltim. *de pub. iudiciis.*

§. 8. Furtum autem fit, &c.

Hæc cum multis aliis sequentibus ad locum de definitione 'atis declarata sunt. Et videbis hic, plus esse in fraudulosa contrectatione, quo verbo vsus est in definitione, quàm si dixisset, est amotio intercipiendi causa. Porrò verò tenentur eiusmodi fures actione furti nec manifesti in duplum, vbi duplicabitur æstimatio vsus & possessionis, ex eo quod interest, criminaliter hi non tenentur, vt quidam rectè notarunt.

℣. Vnde illud quæsitum, &c.]

Hic locus est ex Iustiniani decisionibus, vbi decidit, eum, qui seruum alienum solicitauit, vt quasdam res domino suo auferret, & ad se deferret, & si seruus frugi & bonus domino suo id indicaret, ex eius voluntate id fieret, quo solicitator in ea nequitia deprehenderetur, vt is, inquam, & furti conueniri in duplum possit, quasi eius suasu furtum factum esset; & serui corrupti actione, quasi serui alieni mores corrupisset. Causas dubitandi ex ipso textu, aliisque locis, quos citat Accursius, intelligere poteris. Causæ verò decidendi sunt singulariter, quod hæc res & impunitas in hoc casu pessimi futura sit exempli.

Sic enim confirmabuntur homines pessimi, solicitatores morum aliorum, & ratiocinabuntur ad hunc modum: Si persuaseris, erit tibi commodum; sin minus, erit id impunitum. Ergò tenta audacter. Glossam notabilem *in verbo quibusdam*, alio loco tractabimus. Quo ad actionem serui corrupti, scias vtiliter propositam esse actionem aduersus eum, qui solicitando, monendo, &c. seruuli nostri, vel etiam filii mores corruperit: & est actio pœnalis dupli, vel rei, vel eius, quod nostra interest. Et nota, vtramque hanc actionem locum habere, quod duo sint delicta, licet vnius facti, & sic obtinet hic regula *in l. nunquam plura. D. de priuat. delict. Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt vnius impunitas detur. Neque delictum ob aliud delictum minuit pœnam.*

§. 11. Interdum etiam, &c.

Etiam liberorum nostrorum furtum fit, & eo nomine furti agimus ex iure Quiritum, quod efficit patria potestas, vide de eo *l. eum qui § si filius, cum l. sequenti. D. eod.* Eo etiam nomine publicum iudicium de plagio institutum est, vt infra *de publ. iud.*

cuius pœna nunc est capitalis. *l. vlt. C. ad l. Iul. de plagiariis.* Fuit & hoc furtum capitale, lege Mosaica *Exod.* 21.

§. 13. Interdum quoque, &c.

Hic §. insignem & copiosam doctrinam habet. Et imprimis causa dubitandi sumitur ex nostra definitione, in qua docuimus, sine attrectatione sola mente & solo animo furtum non fieri. Quæri ergò vtiliter potest, si dominus imperauit seruo suo, vt furtum faceret, idque eius consilio & mandato factum sit, anne is dominus furtum fecisse, vt & furti teneri possit, videatur? Equidem de hoc Agellius scribit, Sabinum Iurisconsultum scripsisse, furti eum condemnandum. Præsens igitur §. *ex l. in furtis* 51. *cum duabus seqq.* videtur ostendere, id aduersus definitionem ita videri accipiendum, vt saltem propria quadam actionis formula furti teneatur, nimirum: *Ope, consilio, furtum factum,* quasi dicat, animo propè tuo & consilio furtum factum esse. De hac actione Cicero *lib.* 3. *de natura Deorum*, & Iurisconsultus *in l. si seruus seruum, §. si quis de manu. D. ad l. Aquil.* Ergò ex Iurisconsulto hæc Iuris thesis est: Furtum fit etiam ope & consilio. Iam verò ampliùs scribit Paulus Iurisconsultus *in l sæpè* 53. *D. de verborum significationib.* disputatum fuisse, illa verba, *ope & consilio*, quomodo accipienda sint, vtrum ex sententia coniungentium, an separantium? Vt hoc intelligas, potius dicam de rebus ipsis & casibus quotidianis. Ergò quæritur. I. Si consuluit Titius de furto faciendo, nec tamen furtum secutum sit, an teneatur ex eo consilio actione furti? Et dico, quod non; sed ita demum tenetur, si consilium etiam effectum habuerit. Et ita intelligo id, quod scribitur infra *vers. certè qui nullum, & in dict. l. sæpè.* II. Quæritur: siquidem secutum sit etiam furtum, quod aliàs ille etiam facturus erat, anne teneatur furti consultor? Et scribit Accursius non teneri, quem plurimi sequuntur. Sed non puto id satis probari. Sequor igitur certum textum: *Non oportet laudando augeri malitiam, vt in l prima. D. de seruo corrupto.* Quæritur nunc III. Si tantum consuluit, opem verò non tulit? Et rursus IV. Si opem tulit; consilium autem non dedit, an teneatur? Et respondetur, hæc verba, *ope & consilio*, ita accipienda, ope aut consilio, id est, separatim, siue ex sententia separantium; & sic, si opem tulit, etsi consilium non dedit, ope, consilio furtum fecisse dicitur, ita *in dict. l. sæpè. de verborum significationib.* Nunc etiam. V. hoc quæritur: Quid si subministrauit aut supposuit scalas (nam hoc est opem ferre, vt paulò post in textu) sine tamen vllo consilio maligno, id est, sine scientia vel conscientia furti, anne ope, consilio furtum fecisse, vt furti actione teneatur, dicetur? Sanè tunc furti non teneri, docebit satis ipsa definitio. Nequaquam enim fit furtum sine fraude, affectu & consilio furandi. Itaque in hac quæstione & significatione *ope, consilio* ex sententia coniungentium accipi debebit, quod puto etiam disputari *in dict. l. sæpè*, & eò respicit textus noster *in verbo, sciens cuius rei gratia.* Proponitur nunc etiam VI. casus. Nam si quis alteri pecuniam è manibus excusserit, vt alter furtum faceret, furti tenetur, quod ope, consilio fecit. Sed, quid si hoc non fecit consilio furti, sed per lasciuiam, furti sanè non tenetur. Habes enim hic, quod diximus, *voluntas & propositum distinguunt maleficia.* Item *non factum quæritur, sed causa faciendi, id est finis vel causa finalis.* Tenetur tamen ex sua culpa & petulantia, vt damnum, cui culpa sua causam dedit, præstet, & id actione in factum, *ex l. Aquilia.* Vide dictas leg. *nostro tit. & d. l. si seruus seruo. §. si quis. de manu. D. ad l. Aquil.* Nunc ad extremum, nota igitur hic regulam istam:

istam: *Eum, qui consilium dedit, & opem tulit ad delictum, eodem modo teneri cum eo, qui ipse fecit.* Et hoc est quod dicimus: *Faciens & consentiens pari pœna sunt digni.* De quo *in c. qui cum iure, extr. de furt. cum similib.* An autem eadem omnino pœna vterque afficiendus sit, magnæ disquisitionis est. Sed res pendet ex circumstantiis; & communiter mitius punitur, quàm qui ipse fecit.

§. 14. Hi qui in parentum, &c.

Ex hoc §. breuiter notabis, infamem hanc furti actionem aduersus domesticos siue domesticas personas non debere & non posse proponi, & additur ratio à ICto: quòd ipse Princeps familiæ possit ex hoc furto in personam nocentem statuere. Et hoc est, quod tradidimus *ad tit. lib. 1. de his, qui sui vel ali. iur. sunt. item de patria potest.* & vide nunc de his *l. 16. & 17. item l. si libertus. l. qui seruo 36. l. si quis vxori 53. D. eod.* Quod diximus, posse patremfamil. aduersus furem siue nocentem suo Iure statuere, ex hoc tamen non colligas, maritum ius pulsandi & verberandi vxorem habere; de quibus nuper *in tit. de nupt.* diligentius.

Porrò inter maritum & vxorem, cessante hac actione furti, est actio rerum amotarum. *D. rerum amotarum.* Equidem de his tamen furtis personarum domesticarum Iudex Criminum cognoscere potest, quod ostendit *l. respiciendum. § furta. D. de pœnis.* Sed notandum tamen, quod inquit, si leuiora sint hæc furta, publicè non esse vindicanda, nec admittendam huiusmodi accusationem. Illud etiam hic nota, si quis filiofamiliàs consilio & ope adfuit, vt furtum faceret, eum furti se obligare, etsi ipse filius non obligetur. *d. l. qui seruo.* Notabis etiam hic fieri nonnunquam reuera furtum, vt tamen furti actio non detur, &c. Et de huiusmodi emblematis siue problematis vide Accursium nostrum supra, *§. aliquando. ad verb. subtraxerit. & hic text.*

§. 15. Furti autem actio, &c.

Docet nunc prolixè, cui hæc actio furti pœnalis possit dari? Nos breuiter rem tamen totam complectemur. Domino, cui res surrepta est, actionem dari, non est dubium. Sed accidit, vt dominus eam rem non teneat siue non possideat, verùm alius ab ipso domino possessionem nactus; veluti, cui commodauit, apud quem deposuit, qui pro pignore habet, aut aliàs bona fide possidet. Ergo sic concipiemus regulam: *Actio furti non tàm datur domino, quàm ei, cuius interest rem non fuisse surreptam, idque ex causa honesta.* Intercu: amplius dicimus eius, qui furto facto aliqua vtilitate ex re cariturus est, & damnum passurus; siue qui furto facto potissimùm læditur. Nunc declaretur regula exemplo, & de similibus idem iudicium esto.

Depositarius rei apud se depositæ dominus nō est, sed manet ea res deponētis. Quod si verò apud ipsum depositarium furto subtracta sit, quæstio est aduersus furem, quisnam hac actione agere possit, dominusne, an depositarius? Ecce igitur aut debet is Depositarius custodiam & diligentiam, aut non, iuxta ea, quæ de hoc cōtractu & de aliis iam ante tradidimus. Quod si igitur custodiam istam debet, & tamen furto amisit sua culpa, ipse aget, non dominus: ipsius enim interest, domini non interest. Sic quidem habet dominus aduersus ipsum Depositarium actionem suam de deposito reddendo. Si custodiam non debet, ipse non aget, quod non intersit illius; liber enim est ab actione depositi. Igitur dominus, cuius periculo res amissa est, nunc saltem eam actionem furti proponet. Quid si autem dolo quodam amisit? Iam ipsius quidem depositarii interest, & conuenietur actione depositi, sed tamen ipse non aget furti, quoniam interest ex ea causa inhonesta, & porrigeretur actio ex improbitate, quod fieri non debet. Vides quæ & qualis sit regula de actione hac, & ita de similibus idem esto iudicium, nempè, eodem modo iu-

dica de creditore in pignore, de Conductore, de bonæ fidei Emptore, de Commodatario. De quibus negotiis & contractibus suo loco audiuistis. Et hæc prolixè persequitur *ex l. 10. cum 5. seqq. l. 49. 73. 84. 87. & 92. D. eod.* De commodato singularem etiam Constitut. Iustinianus edidit, quam commemorat *ex l. finali. C. de furt.* Scias, & hoc venire in considerationem, quod, quantum ad pignus, plus cautionis in rē sit, quàm in personam. *l plus cautionis, D. de reg. iur.* Et rursus, quod, qui nihil habet, eius periculo nihil est. Et vulgò dicimus: Inanis est actio, quam excludit inopia rei siue debitoris. *l. nam is. de dolo malo.*

§. 20. In summa, &c.

Hæc propriè cum illis, quæ supra *in §. hi qui in parentum,* disputata sunt, pertinent ad caput, quis ex furto obstringi & obligari possit. Disputatio autem hic est de ætate facientis furtum; & quæsitum est, an impubes ex furto ad pœnam obligari possit? Idem quæri potest de aliis delictis. Et quod ad furtum attinet, constat ex Agellio lege 12. tabularum, de qua supra, eos obligari & puniri consueuisse. Sed bene hic textus distinguit, & ait, id pertinere ad eos, qui sunt iam proximi pubertati. Sic igitur eleganter Caius *in l. pupillum. D. de regul. iur. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse, & furandi, & iniuriæ faciendæ idoneum esse constat.* Ergo à contrario constabit, pupillum siue puberem & impuberem nondum proximum pubertati furti se non obstringere, nempè, pœnali & criminali iudicio. Et infantem obligari disertè negat Iurisconsultus *in l 5. §. & ideo. D. ad l. Aquil. & l. impuberem 23 D. de furt.* Sed, hæc cum ita sint, quæritur, quisnam sit pubertati proximus? Et de hoc alio etiam loco diximus. Nempè, Accursium, quem ferè sequuntur, definire annum sesqui vndecimum; Calistratum Iureconsultum tamen proximum pubertati definire, cum semestre tempus reliquum est. *l. non tamen. de excusat. tut.* Ergo qui natus est annos 13. cum dimidio, vel, vt Accursius, sesqui vndecimum, ex furto facto vel alio crimine commisso secundum legem capitaliter puniri potuit. Sed, quid si adhuc tenerior sit? quid si rudior & simplicior? Verum enim est, quod ille dicebat: Mille formas esse ingeniorum, nec omnes ætate eadem sunt callidi & versuti; & valet multum educatio, disciplina, conuersatio & assuetudo. Equidem inuenio, in omnibus propè legib. de hac impuberum adhuc ætate, quoad delicta punienda, agentibus, spectari non tam ad ipsos annos, quàm ad ingenii & malitiæ sensum. Si, inquiunt, *doli sit capax; si sit eius ætatis, in quam crimen cadere potest.* Ita *in l. 23. D. eod. l. 7. C. de pœnis, & d. loco ad l. Aquil. item l. 14. D. ad SC. Syllanianum, l. 22. D. de falsis, l 1. C. de falsa moneta.* Ergo putarunt hic, id est, in puniendis istis delictis, prudentia Iudicis rem æstimari debere, qui aspiciat & ætatem & ingenium siue malitiam facientis. Quod probat hic etiam Hottomannus, item Balduinus, quem sequitur Mynsingerus. Sanè tamen ætas etiā imbecillior eam veniam habet, vt mitius puniatur. *d. l. 7. C. de pœn. l. 37. §. in delictis. D. de minor. & l. 1. §. impubes. D. ad SC. Syllania. l. fere in omnibus. D. de regul. iur. & cap 1. de delictis puerorum.* Vide etiam in Iure Saxonico *lib. 2.* Landtrecht/ *art. 65.* Idem etiam hic de sexu, nempè, & sexus muliebris imbecillior meretur aliquam veniam. Notatur *in cap. mulieres. de sententia excommunicationis;* & habes pulchrum textum *in l 6. D. ad leg. Iuliam peculatus, & in cap. si quid dignum. extra, de homicidio.*

* * *

DE

DE VI BONORVM RAPTORVM.

TITVLVS II.


VI vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem inuito domino contrectat, quàm qui vi rapit? ideoq; rectè dictum est, eum improbum furem esse.) sed tamen propriam actionem eius delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur Vi bonorum raptorum, & est intra annum quadrupli, post annum simpli, quę actio vtilis est, etiamsi quis vnam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifestè diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio, vt pœna tripli sit, siue comprehendatur raptor in ipso delicto, siue non. Ridiculum enim esset leuioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quàm qui clàm amouet.

§. 2. Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam, qui aliquo errore ductus, rem suã esse existimans, & imprudẽs iuris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suã auferre à possessoribus, absolui debet. Cui scilicet conueniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitantur, inueniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant auaritiam, meliùs diualibus Constitutionibus pro hac parte prospectum est; vt nemini liceat vi rapere, vel rem mobilem, vel se mouentem, licet suam eandem rem existimet. Sed, si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere, sin autem aliena res sit, post restitutionem eius, etiam æstimationem eiusdem rei præstare. Quod non solùm in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt; sed etiam in inuasionibus, quæ circa res soli fiunt; vt ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.

§. 3. Sanè in hac actione non vtique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam siue in bonis sit, siue non, si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare siue locata, siue commodata, siue etiam pignorata, siue deposita sit res apud Titium, sic vt intersit eius eam rem per vim non auferri (veluti si in deposita re culpam quoque promisit) siue bona fide possideat, siue vsumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud iuris, vt intersit eius non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non vt dominium accipiat, sed illud solùm, quod ex bonis eius, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia eius ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clàm facta, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.

COMMEN.

COMMENTARII.

SEquitur alia species maleficii, & dicitur Rapina. Quæritur, quid sit Rapina? Resp. furtum esse, & furti actione contineri, vt disertè textus *hic*. Et ideo, quæ suprà de furto dicta sunt, huc etiam referantur; & sic erimus breuiores. Et sanè, quod ad actionem attinet, etiam raptor furti tenetur, & teneri potest, tàm manifesti, quàm nec manifesti, prout rapina commissa erit; ita Accursius *hic*, & probat Hottomannus, item Cuiacius *lib. 6. obser. c. 2.* & vide *l. si quis ex domo 54. l. si vendidero 82. §. cum raptor. D. de furt.* Quod autem attinet *ad l. 1. D. nostro tit.* dicendum est, istam legem loqui de rapina, & sic de furto non manifesto, *vt in d. l. si quis ex domo.* Sed tamen adhuc inter simplex furtum & hanc rapinam, etsi genere conueniant, aliqua tamen est differentia, nempè, rapina per vim fit, & atrocius hoc quidem videtur, quàm clàm & occultè auferre, *ita in l. 2. D. eod. tit.* Quid mirũ, cum, vt supra dixi, audacia hæc maiorem improbitatem habet, & scribitur, raptorem improbum furem esse? *vt hic & in l. 2. §. cæterum. D. eod. & l. si cum exceptione 14. §. qui vim. D. quod metus causa.* Cum igitur æquum sit, pœnas commensurari in delictis; vt dicitur *in l. 19. C. de pœnis, & l. 11. D. de pœnis.* conuenit durius puniri raptorem quàm furem. Itaque prætor aduersus raptorem singularem adhuc proposuit actionem, præter actionem furti, nempè, actionem vi bonorum raptorum, quæ pœnalis quidem est actio in quadruplũ, sed tamẽ inest huic res ipsa, vt potius sit mixta; & quæ præterea est annalis, famosa etiam, & datur heredibus, sed non in heredes. Atq; hic nunc disertè docetur, id agendum fuisse, vt atrocius puniantur raptores. Hoc tamen, quomodo fiat, magnæ inquisitionis & disputationis est. Illud quidem constat, raptorem conueniri posse & furti actione, & vi bonorum raptorum, vt altera alteram non consumat, nisi quatenus exceptum est, ne bis idem exigatur. Vt ecce, si actum est furti nec manifesti in duplum, adhuc agi potest vi bonorum raptorum, ad hoc saltem, quod in ea actione amplius est. Nam tripli pœnam habet; de quo *in l. 1. & 2. D. eod. & hic.* Sed tamen nisi recipimus, quod supra dixi, raptorem etiam furti manifesti conueniri posse, in effectu nõ procedet, vt puniatur grauius raptor, quàm fur saltem manifestus. Dicendum igitur, vt supra comprobauimus, raptorem etiam furti manifesti teneri posse. Amplius dicunt, raptorem etiam publico iudicio de vi criminaliter teneri, *d. l. 2. D. eod.* Sed ꝓbauimus titulo præcedẽti, etiam fures hodiè criminaliter teneri. Et rursus in effectu non admodũ interest, nisi ꝙ atrocius puniatur raptor. Et quicquid sit, quod ad vsum fori nostri attinet, cum de criminali iudicio agitur, videmus atrocius puniri furem, quàm raptorem. Ille enim, vt audiuimus, infami supplicio laquei vitam finit, hic eodem casu gladio perit. De quo vide Constitut. Criminalem Caroli V. *art. 66. & art. 62.* Et idem etiam obtinet de Iure Saxonico, *vt lib. 2. art. 16.* & in Chiliano ad ꝓcessum. *cap.* von Pœn der Strassenräuber. Mirum sanè, cum textus disertè dicat, grauius puniendum raptorem, quomodo istud in vsum venerit? Fortè ex nescio quali interpretatione Interpretum, qui quærunt rationes, vt ostendant contra manifestum textum *hic, & in d. l. 2. §. interdum, & §. si in re. D. eod.* & contra rationem manifestam, furem grauiori pœna esse dignum; & ex recentioribus quidam disertè scribunt, non tàm nocentem esse raptorem. Adducunt argumenta *ex l. qui verbo. §. pœna. D. de his qui not. infam. & l. eum qui. D. de iureiurand.* Sed quid hoc est argumento textus euertere clarum textum?

§. 2. Ita tamen competit, &c.

Nunc ostendit, quibus in rebus, & quibus ex causis potissimùm hæc actio locum habeat? Et quidem primò in rebus, siue ob res mobi-

mobiles competit. Immobiles per vim quidem possidentur, & possideri possunt, at vi eripi non possunt. Deinde quod pulchrè Iurisconsultus *in l. verum est, & l. qui iniuri. D. de furt.* dixit: *Causa rei, & causa facti spectanda est,* id etiam hic obtinet, & fit, vt sine dolo, id est, sine proposito furandi non fuerit eiusmodi vis, quæ ad rapinam, & ad actionem vi bonorum raptorum pertinet, *l. 2. D. eod. tit.* Et ideo, vt furtum, de quo tit. præcedenti, non fit, si quis aliquam habuit causam contrectandi rem alienã, licet clàm & domino ignorante: sic nec rapina fit, si aliquã causam habuit rapiendi inuito domino, puta, si quis rem suam vel sibi debitam à possessore vel debitore auferat & rapiat, putans id sibi licere, & id iuri non esse aduersum. Non enim hic est ea causa rapiendi, ex qua actio ista locum habet, quæ desiderat dolum. Et error, qualiscunque sit, excusat à dolo. Non tamen excusat error Iuris, quod omnibus vulgo notum est, & notum esse debet. Quid enim si quis dicat, putasse se, licere auferre inuito, quod velis? Sed nunc quæritur, an igitur liceat, quod suum est, aut quod sibi debetur, propria auctoritate, eo inuito, qui sua sponte non dat, auferre? Equidem si hoc permittemus, quæ pax & tranquillitas in hoc mundo sperari poterit. Vis ea est, etsi Rapina non est. Et pulchrè D. Marcus Imperator dixit: *Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur; Vis est & tunc, quoties quis id quod sibi deberi putat, non per iudicem reposcit.* vide *l. extat 13. D. de eo, quod met. caus. & l. pen. D. de vi priuata.* Iam verissimum est, quod Cicero *3. de legib. & pro Cecinna* dixit: *Nihil tàm Iuri iniquum & contrarium est, quàm vis.* Quo respicit & Iurisconsultus *in l. nihil consensui. D. de regul. iur.* Et Iustinianus hic etiam scribit, si istud permittatur, aperiri fenestram auaritiæ hominum. Quid igitur? Deciditur hic, vt, qui tale quid ausus est, ita puniatur, vt, si quidẽ res, quàm eripuit, ipsius sit, cadat dominio, & res adducatur priori possessori vim passo; sin illius non fuerit, post restitutionem reddat etiam rei æstimationem. Hæc ex tit. *C. vnde vi,* vbi vide *l. si quis in tantam*, vide etiam infra, *de interdict. §. recuperandæ, & d. l. extat.* Sed quid igitur faceret, vt D. Marcus dicebat, si quas petitiones se habere putat? Actionibus experiatur *d. l. extat.* Scio aliquando tamen licere sine actionibus & iudicio, & sine Iudice sibi consulere, *vt in l. ait prætor 2. §. si debitorem. D. quæ in fraudem cred.* sed de his alibi. Et sunt alia quoque iudicia tùm priuata tùm publica contra vim & violentiam. Porrò, quæ Iustinianus hîc constituit in istam vim importuni creditoris, ea etiam ad inuasiones rerum immobilium pertinere vult.

§. 3. Sanè in hac actione, &c.

Nunc proponit locum, cui possit dari hæc actio? Et in summa, eadem est doctrina, quæ suprà de furto, quod licet videre *in l. 2. & hic in fine.* Aliter tamen hic loquitur, nimirum dari hanc actionem, cui vel in bonis vel ex bonis est res rapta. Hic scias; in bonis dici esse, cuius ea res est verè Iure gentium, vel Iure Quiritum. Ex bonis verò est, in quibus aliquid iuris habemus, quarum periculum ad nos pertinet, vt nostrum intersit eas res ablatas esse. Vide Hottoman. *hic.*

DE LEGE AQVILIÆ.

TITVLVS III.



DAmni iniuriæ actio cõstituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, vt si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. Quòd autem non præcisè de quadrupede, sed de ea tantùm, quæ pecudum numero est, cauetur, eò pertinet, vt neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantùm, quæ gregatim propriè pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oues, boues, capræ. De suibus quoque idem placuit: nam & sues pecudum appellatione continentur, quia & hi [gregatim] pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait (sicut Ælius Martianus in suis Institutionibus refert.)

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον. οἱ καὶ νέμονται:
Πὰρ κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est,

Sectantem videas qui errant per pascua porcos:
Ad Coracis saxum iuxta fontemque Arethusam.

§. 2. Iniuria autem occidere intelligitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem [insidiatorem] occiderit, non tenetur, vtique si aliter periculum effugere non potest. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modò culpa eius nulla inueniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quàm ex culpa quisq; hac lege tenetur. Itaq; si quis, dum iaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem seruum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id à milite in eo campo, vbi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intelligitur. Si alius tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem iuris est de milite, si in alio loco, quàm qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.

§. 3. Item si putator ex arbore deiecto ramo seruum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam, aut vicinalem id factum est, neque proclamauit, vt casus euitari posset, culpæ reus est. Sed si proclamauit, nec ille curauit præcauere, extra culpam est putator. Æquè extra culpam esse intelligitur, si seorsum à via fortè, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamauit, quia in eo loco nulli extraneo ius fuerat versandi.

§. 4. Præterea si Medicus, qui seruum tuum secuit, dereliquerit curationem eius, & ob id mortuus fuerit seruus, culpæ reus erit. Imperitia quoq; culpæ adnumera-

numeratur; veluti, si Medicus ideo seruum tuum occiderit, quia malè eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

§. 5. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiã retinere non potuit, si seruus tuus oppressus fuerit, culpę reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quùm alius firmior eas retinere potuisset, æquè culpa tenetur. Eadem placuerũt de eo quoq;, qui, quùm equo veheretur, impetum eius, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

§. 6. His autem verbis legis, *Quanti id eo in anno plurimi fuerit*, illa sententia exprimitur, vt si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodiè erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est, pœnalem esse huius legis actionem, quia non solùm tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longè pluris. Ideoque constat, in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur.

§. 7. Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solùm perempti corporis æstimationem habendam esse, secundùm ea, quæ diximus; sed eo ampliùs, quicquid pręterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit; veluti, si seruum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quàm is iussu tuo hereditatem adierit. Nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item, si ex pari mularum vnam, vel ex quadrigis equorum vnum quis occiderit, vel ex Comœdis vnus seruus occisus fuerit, nõ solùm occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.

§. 8. Liberum autem est ei, cuius seruus occisus fuerit, & ex iudicio priuato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere. Caput secundum legis Aquiliæ in vsu non est.

§. 9. Capite tertio de omni cætero damno cauetur. Itaque si quis seruum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulnerauerit, siue eam quadrupedem, quę pecudum numero non est; veluti canem, aut ferã bestiam, vulnerauerit, aut occiderit, hoc capite actio constituitur.

§. 10. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per iniuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim vstum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur, quanquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Vnde non solùm

fracta, aut vsta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta, atq; deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinũ aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri. Illud palàm est, sicut ex primo capite ita demum quisq; tenetur, si dolo aut culpa eius, homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri. Ex hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit. At nec, plurimi, quidem verbum adiicitur. Sed Sabino rectè placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte, plurimi, verbum adiectum fuisset. Nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quòd prima parte eo verbo vsa esset.

§. 11. Cæterùm placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, vtiles actiones dari solent; veluti, si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, vt fame necaretur, aut iumentum ita vehementer egerit, vt rumperetur, aut pecus in tantum exagitauerit, vt præcipitaretur. Aut si quis alieno seruo persuaserit, vt in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, & is ascendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit, vtilis actio in eum datur. Sed si quis alienum seruum, aut de ponte, aut de ripa in flumen deiecerit, & is suffocatus fuerit, eo, quòd proiecit, corpore suo damnum dedisse, non difficulter intelligi potest: ideoq; [ipsa lege Aquilia] tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnũ contigerit, quùm non sufficiat, neq; directa, neque vtilis legis Aquiliæ actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti, si quis misericordia ductus alienum seruum compeditum soluerit, vt fugeret.

COMMENTARII.

SEquitur lex contra alia etiam damna illata, quæ aliter fiunt quàm furto, clàm aut publicè per rapinam & vim. Et de his lata fuit lex Aquilia, à quodam Aquilio Tribuno plebis, & fuit plebiscitum, de quo dictum est *lib. 1.* Ergo summum argumentũ est, quòd hac lege vindicantur & puniuntur damna alteri, vel per alterum data. Damnum vnde dicatur, vide *in l. 3. D. de damno infecto.* Cæterum distinguendum tamen est, agi hîc de damnis, quę dantur ab homine & per hominem, non quæ dantur sine vlla culpa dantis, puta per animalia bruta; de quibus infra alio loco. Amplius dicendum, damna hæc fieri multipliciter & per cædem & interemptionem rei, tum animatæ tum inanimatæ, & quoq; vel vulnerando, curando, frangendo, rumpendo siue corrumpendo, *l. 2. & l. 26. §. 3. D. nostro tit. & infra in text.* Adhuc amplius causæ etiam variæ sunt datorum damnorum

ex causa

ex causa efficienti, ex causa instrumentali, ex finali, & quædam per se, quædam per accidens, vbi examinantur longè pulcherrimæ regulæ & distinctiones doli, culpæ, & variarum specierum culpæ. Et nunc ad ipsum nostrum tit. Vbi primò videndum est in genere, quando huic actioni possit esse locus. Deinde quæ & qualis sit actio, & ad quid detur. Tum tertiò de distributione capitum in hoc titulo. Et imprimis ex verbis *damni*, inquit, *iniuria actio, &c.* quibus verbis ostendit, vt huic actioni sit locus, oportere damnum iniuria esse datum, & de damno hoc supra. *Iniuria* autem verbo postea *ex l. 5. D. eod. tit.* exponit & ostendit iniuriam accipi pro eo, quod non iure fit, id est, quod iure, quod iustè, & legitimè defendi non potest, quod non habet iustam excusationem, quæ sumitur ex causa facti. Et hoc postea in specie propositis nonnullis speciebus & exemplis declarat.

Iam secundò, Actio hæc ex damno ita dato pœnalis est, vel potius mixta. Nam qui damnum alicui iniuria dedit, is id non solùm soluit domino damnum passo, quod à se damnum datum est in re, sed soluit magis id, quanti ea res plurimum fuit intra aliquot tempora retrorsum. Verbi gratia: Si occidisti, si vulnerasti seruum meum, iniuria, qui cum occisus est, poterat æstimari aureis triginta, intra aliquot tempus aut retro, puta intra annum, id est, diebus 365. retrorsum computatis valuit aureis 50. solues dico pro occiso non 30. sed 50. *l 2. D. eod. & vide infra. de act. §. sequens.* Imò ex interpretatione venit & alterius interesse æstimatio in hanc rem, nempè, venit interesse extrinsecum, hoc est, si quod damnum extra rem iniuria tua interempta accidit, puta, si seruus occisus heres fuit institutus, qua hereditate ideò carendum nunc est domino, quòd seruus occisus est, de quo *in l. 22. cum seqq. D. eod. & infra eod. §. illud non ex verbis.* Hic nunc de qualitate & natura actionis etiam hoc addatur, hanc ipsam actionem contra inficiantem dari in duplum, nempè qui inficiabitur à se damnum esse datum, si tamen conuincitur, quod dedit, illam æstimationem, quam lex Aquilia proposuit, soluet duplicatam, *d. l. 2.* & hoc supra proponebatur de condictione indebiti *tit. de obligat. ex q. contractu.*

Iam de loco tertio. Et sciendum, huius legis Aquiliæ tria fuisse capita. Primum pertinet ad damna data per cædem siue occisionem, saltem eorum tantum animalium, quæ pecudum numero continentur, quo tamen pertinent homines serui, &c. Secundum caput quale fuerit, nemo adhuc, quod sciam, aperuit. Sed inquit Iustinianus, id nunc non esse in vsu. Tertio capite cætera omnia damna, quæ aliter quàm cæde vindicantur. Sed pertinent tamen huc etiam cædes eorum animalium, quæ pecudum numero non continentur. Et quidem pecudum numero contineri dicuntur animalia, quæ gregatim pascuntur. Vnde intelligis, quæ pecudum numero non sint; & de his *in d. l. 2.* Habet hæc differentia duorum capitum effectum in actione. Nam; vt nuper monui, grauiora & atrociora damna atrocius etiam puniuntur, & sic grauior est pœna ex primo capite, quatenus plus est occidere, quàm vulnerare, lædere & corrumpere. Igitur ex primo capite actio est, quanti res plurimi fuit intra annum; ex secundo quanti plurimi fuit intra dies 30. siue mensem vnum. *l. 2. & l. 27. §. 2. D. eod. & infra eod.* Deinceps ad textum & ad casus siue species, quæ hic proponuntur.

§. 2. Iniuria autem occidere, &c.

Nunc exponit primum & principale verbum, *Iniuria*, ex quo postea plures casus colligit & conficit. *Iniuria*, vt supra dixi, *fit quod non iure fit*, nec solùm, vt postea declarat, si causa faciendi est dolus, sed & si culpa aliqua id accidat; quæ, vt scitis, gradus habet,

 & alia

& alia maior, alia minor, alia leuior est. Ergò hac lege non solū dolus, i e. voluntas nocendi, propositum & προαίρεσις puniuntur, sed etiam culpa, quæ continet negligentiam & neglectionem officii, imperitiam, infirmitatem, oscitantiam, & si quæ sunt alia, per quæ in humano genere peccatur & aberratur, de quibus postea in ipsis casibus.

℣. Itaque qui latronem, &c.] Dixit, eum, qui hominem alienum, id est, seruum occiderit, teneri ex primo capite l. Aquiliæ. Quòd autem ex hoc capite teneatur, iam ante exposuimus. Hodiè etiam, qui seruum occiderit, accusari potest publico iudicio, ex *l. Cornel. de sicariis*, non aliter quàm ex cæde hominis liberi *l. 23. § si dolo. D. eod.* Et huc facit *l. 1. § 2. D. ad fin. L. Cornel. de sicar.* Sed ad rem præsentem. Eum dico, qui seruum occiderit, teneri ex ea cæde. Sed addit, si modo id, id est, ea cædes, iniuria sit facta. Nunc sic colligit, qui latronem occiderit, ex ea lege non tenetur, quoniam id non iniuria, sed iure facit.

Prætereа tamen de latrone occidendo plura declarationis causa adhuc addit. Et est disputatio de legitima defensione, vt vocant, de qua *in l. vt vim. D. de iustit. & iur.* Eam legem copiosè tractare in hac prælectione nō possumus; conabimur, vt diligentibus & peritis breui explicatione rem ipsam de vera defensione tradamus. Et leges, quæ de hac re reperiuntur, regulamque ex iis, quantum fieri potest, colligemus. Imprimis igitur necessaria diligētia est obseruare, quæ iure, id est, iustè, omninò fieri possint, & quę saltem etiam permissa sint? Cùm lex dicit, iure hoc euenit, vt, quod quis ob tutelā corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur *l. 3. D. de iust. & iur.* addit ordinarius Glossographus, iure fori, & non iure poli, quasi dicat, iure humano, non ita iure diuino, nec licet id salua conscientia. Et nota sunt dicta scripturæ sanctæ, Matth. 5. Luc. 6. *Nolite resistere malo, percutienti te in vnam maxillam porrige & alteram*, Et: *qui vult tunicā tollere, noli prohibere etiam pallium* Et tunc rursus, *si cor nostrum non cōdemnat nos, habemus fiduciam*, 1. Ioan 3. Item: *Milita bonam militiam habens, fidem & bonam conscientiam* 1. Tim. 1. Iam verò cum nos contra hoc non dicemus, remitti pœnitentibus peccata; nam remittuntur & alia, veluti ob homicidium, dolo & proposito factum, sed legitimam defensionem iure diuino non esse prohibitam, sed potius concessam; ea sententia nequaquam defendimus ea omnia, quæ vulgò pro legitima defensione à plerisque defendi in iudiciis & scholis solent. Vides, de quibus rebus monere voluerim. Ipsarum sanè nostrarum legum etiam apud Ethnicos Iurisconsultos purior videtur esse sententia. De aliis nonnullis legibus & interpretum opinionibus non dico. Mihi occurrit illud: *Væ, quòd dicitis malum bonum, & bonum malum*, id est, iniustum iustū. Et sanè propter hæc & eiusmodi venit ira Dei Quatenus autē iuxta leges has nostras humanas cōcedi aliquid possit huic & deprauatæ naturę & infirmæ, vt iustus dolor aliquam habeat excusationem, alia quęstio est. Et de his pluribus *ad tit. final.* Nunc videbimus, vt dixi, breuiter de legitima defensione, siue de homicidio saltē ex hac causa facto. Et concipiemus vnam aliquam certam regulam. Scribit Paulus Iurisconsultus *in l. scientiam 45. § 3. D. nostro tit. vim vi defendere omnes leges, omniaq; iura permittunt.* Primum videamus de iure diuino. Ibi sanè, cùm dicit Deus *Gen. c. 9.* se sanguinem animarum nostratum requisiturum de manu proximi & bestiarum, ostendit se velle, vt vnusquisque diligēs sit custos & vindex sui corporis, & vt honorem habeat corpori, vt scribit alio loco Paulus Apostolus. Taceo quod ius naturæ & στοργὴ innata est, vt aduersus vim latronum corpus tueamur; quò respicit *l. 3. D. de iust. & iur. & c. ius naturale. dist. 1.* Itē quod certum est, Deum Magistratui commisisse & mandasse ius gladii in latrones, & Magistratum

tum iure & iustè hoc casu iterum rectè tradere gladium singulis ad defensionem, ne iniquum prius ferant, quàm æquum possint petere, vt alibi loquitur Imperator. Iam de iure Canonico. Extat pulcher textus *in c. 18. extra de homicidio voluntario & casuali, item c. delictum. de sententia excom.* & iuris ciuilis & Cæsarei multi textus adferri possunt, de quibus postea. Iam vide etiam Ciceronem *pro Milone.* Et sic vides, rectè dictum esse à Paulo, omnia iura hoc cōcedere. Et quando igitur legitima illa defensio, vt vocamus, omni iure concessa & permissa est, obseruemus nunc, quod alibi benè scribitur: *Quod legitimè factum est, nullam pœnam meretur*, vide *l. Gracchus C. de adult.* & Gordianus Imperator *in l. 3 C. de sicariis.* ait: *Defensor propria salutis in nullo peccasse videtur.* Hic vide etiam *c. vn de homicidio. in Clementinis.* Sed iam videndum est ex legibus, quæ sit igitur illa defensio, quam dicimus legitimam, omni iure cōcessam, & pœnam nullam mereri. Hic dicitur, latronem insidiatorem, id est, tibi insidiantem, *vt est in l. 4. D. eod.* occidere licet; si tamen aliter effugere periculum non possis. In iam *d. l. 4.* sic scribitur: *Aduersus periculum licet se defendere.* In *l. 9. D. de sicar.* scribitur & docetur: *Ita licere occidere, si parcere ei sine tuo periculo non possis.* In *l. 2. C. ad l. Cornel. de sicar.* ait: *Is, qui aggressorem vel quemcunque alium in dubio vitæ discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.* & *in d. l. 3. ibid.* vocat *defensionem propria salutis.* In *l. scientiam. D. nostro tit.* scribitur: *Illum, qui vim infert, ferire cōceditur.* Et hoc se tuendi duntaxat, non etiam vlciscendi causa factum est. Atque huc & sic accōmodantur etiam aliæ leges, veluti *l. 5. in princ. D. eod. l. 4. C. ad l. Corn. de sicar.* Amplius dicunt leges: *In continenti fieri debere.* nimirum aliàs non erit defensio, vt imminens periculum, sed potius offensio & vltio, siue priuata vindicta; & extra periculum liberum est adire Iudicem. Et huc pertinet *l. 3. §. cùm igitur. D. de vi & vi armata, item cap. si verò primum. de sententia excomm.* Faciunt etiam mentionem æqualitatis armorum. Vide *in d. l. 3. & in cap. 18. extra. de homicidio. & cap. vt fama. de sententia excomm.* quoniam ex qualitate armorum potest fieri coniectura de animo defensionis. Vides igitur ex his omnibus, quando concedant leges naturæ impunè verberare, occidere. &c. Nam summa huc redit, vt omne id, quod fit, fiat tui saltem defendendi & defendendæ vitæ causa, in præsenti & imminenti periculo; & ne quid plus facias, quàm necessitas defensionis desiderat. Vide pulchrum *c. vt fama de sententia excomm. & cap. olim. de restit. spoliatorum.* Ergò si furem aut raptorem pro recuperandis rebus tuis persequaris, si te inuadentem, ne tibi quid mali & infortunii accidat, coneris repellere, & res ipsa eò perueniat, eoque te necessitas perducat, vt tui corporis, tuæque vitæ defendendæ causa in eum quid committas, veluti vulneres, vel occidas, id dicimus legitima defensione esse factum, & pœnam nullam mereri, iure poli etiam esse licitum, nisi quod sanè dolere debeas, in eam necessitatem te adductum esse. Quod aliàs legitima defensio affectibus ferè contaminatur, per accidens fit. Et fortè ideo iure Saxonico non est hoc homicidium planè impunitum. Sed tu vide locum *libr. 2. Landtrecht. artic. 14.* Ex quo cogitur is pro homicidio dare amicis Wergeldium oder Wehrgeldt / & Iudici die Wett. Qui verò hic obiiciunt dicta Christi superius ex Matthæo & Luca citata, vim scripturæ non intelligunt. Sed de his alibi.

Nunc pergamus in re præsenti. Vocant igitur nostri inculpatam tutelam. Et ita extat *in l. prima. Cod. vnde vi. & in d. cap. 18.* Et vulgò dicunt eam consistere in his tribus. I. Vt fiat defensionis saltem causa. II. vt in continenti. III. & denique paribus armis. Ita notatur *in d. l. prima. Cod. vnde vi.* Hæc libenter concessero, licet, quod de paribus armis dicunt, non ita necessi-

necessarium erat addere. Ita putauero docendo multò rectiùs dici, id quod ostendimus, nempè ad inculpatam tutelam hoc vnum tanquam substantiale esse, vt solummodò fiat necessariæ illius defensionis causa, non vlciscendi, non offensionis causa. Nam ita alia sua sponte consequuntur, vt ostendi. In homicidio necessitati & casui lex prospicit, necessitatem & casum armauit, non propositum, nec quidem aduersus furem aut latronem. Et regula postrema hæc potest esse: *Cum dans operam rei licitæ, veluti defensioni rei tuæ, famæ tuæ, vitæ, vel corporis, & necessitas atq; casus ad cædem hominis istius nocentis te compulerit, id iure impunè & legibus ipsis te armantibus fecisti.* vide pulchram glos. *in c. sicut dignum. extra de homicidio.* Et propterea fortassis in tit. iuris Pontificii præsens hæc disputatio sub casuali homicidio comprehenditur, dum sic inscribitur is locus, de homicidio voluntario & casuali. Et hęc hactenus de legitima defensione, quam dicimus iure diuino non esse prohibitam, sed Christianis etiã concessam. Nec obstant dicta, de quibus supra, quæ, vt summatim & breuiter tantum indicem, non defensionem, sed vindictam & cupiditatem priuatæ vindictæ siue extra iudicium, siue etiam in iudicio prohibent seuere sanè. Caueat igitur sibi, qui pius esse vult, & ne sibi indulgeat. Et fortè propter hypocritarum securitatem tam durus & rigidus est laudatæ memoriæ D. Lutherus contra hanc disputationem, quam vocamus die Nothwehr / quem vide in tractatu, von Kauffhandlung. Mitior & moderatior est Dominus Philippus piæ memoriæ rem ipsam in sese spectans, vt licet videre in eius Commentariis *in Officia, in loco, de fortitudine, & post in loco de bello.* Sed, vt dixi, de his dictis scripturę Deo dante alibi prolixius & plenius dicam. Porrò verò possunt iam præter hanc, quam dico, legitimam & inculpatam tutelam, alia etiam proponi ex iure nostro, & ex Dd. nostris, in quibus fortè illud dici rectè potest: *Iure fori, & non Iure poli*; nempè, quæ propter duritiem cordis, vt Christus loquitur, saltem permittuntur, vbi iusto dolori & iræ aliquatenus ius ciuile parcit. Sed de his & aliis itidem nonnullis, veluti de defensione aliorum, de defensione possessionis in rebus immobilibus, de defensione publica subditorum suorum aduersus Tyrannum, de his inquam alio loco ad tit. finalem videbimus. Nunc progrediemur in præsenti textu.

℣. Ac ne is quidem, &c.] Iam aliud iterum colligit. Hac lege tenetur, qui iniuria quid fecit, veluti occidit, læsit, vulnerauit, &c. Qui casu tale quid fecit, non fecit iniuria. Ergò hac lege non tenetur. Minoris probatio ex natura ipsa rerum & ex legibus sumitur. Et certum est, casum neminem facere nocentem, cum affectus non est, & non accidit ex aliqua apud te causa, sed accidit id præter omnem tuam opinionem; & est inuoluntarium, vide *c. ex literis. extra. de homicidio.* Et idem attestantur leges diuinæ, vide *Num. cap. 35.* Hoc igitur rursus nullam meretur pœnam. *L. 1. & l. 5. Cod. ad l. Cornel. de sicar.* licet hic iterum differat ius Saxonicum, quo is etiam homicida cogitur soluere occisi cognatis ein Wehrgeldt / vnd dem Gericht die höchste Wette / de quo *lib. 2. art. 38.* Landtrecht.

℣. Si modo culpa, &c.] Aliud damnũ. Et hæc quidem damna dicuntur dati iniuriâ, nempè quæ dantur tum dolo, tum etiam culpa; & sic quorum damnorum dans damnum causa est efficax, suo nimirum dolo, iniuria, negligentia, imperitia; de qua re pulchræ regulę apud Iurisconsultos, de quibus postea. Nunc igitur de damno, veluti de cæde, de læsione, &c. quod per culpam fit; & proponuntur ea de re plura exempla. Imprimis autem notetur hic exceptio ad superiorem regulam de casu: *Ex casu* dicebat *nemo tenetur.* Addit nunc: *Si modo culpa eius nulla inueniatur*, quasi dicat: Si casu occidit, sed

sed culpa tamen inueniatur, tenetur. Quod supra alio loco sic exposuit. Si culpa casus interuenerit, tunc de casu eum etiam teneri. Hoc enim, vt iterum alio loco scribitur, est quod dicitur: *Qui occasionem damni praestat, damnum ipsum fecisse videtur. l. qui occidit 30. §. vlt. D. nostro tit.* Quod sic declaramus: *Occasionem*, id est, causam aliquam damni; *damni* nempè casui, siue damni etiam casu dati, *praestat*, hoc est, dat. Et sanè occasionem pro casu aliquo accipi puto. Sic enim alio loco, eadem tamen regula, dicitur: *Qui causam praebuit damni, damnum dedisse videtur. l. 4. ad fin. D. vi bon. rapt. & l. 15. ad l. Cornel. de sicar.* scribitur: *Occidisse videri, qui causam mortis dedit.* Et vide sanè in iure Pontificio 1. *quaestio. c. placuit 3.* ista pro eodem accipi, nempè causam & occasionem. Et ampliùs occasionem intelligo non remotam aliquam, sed quandam propinquam, quae & causa aliqua sit. Et notatur pulchra glossa *in c. de caetero. extra. de homicidio.* Sic igitur intelligis, quid sit, sua culpa occasionem & causam casui fortuito dare. Porrò si hoc non fiat, sed is, cui damnum accidit, ipsemet in aliqua culpa fuit, qua de re postea & exempla & species, tunc audient laesi regulam: *Damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet non alteri imputare. c. damnum. de reg. iur. in 6. item l. quod & ex culpa. D. de reg. iur.* Sed hic tamen rursus notetur, pulchrè docere nostros, culpę culpam opponi posse, & dolum culpae praeponderare. *l. item si obstetrix. in fin. D. nostro tit.* & regula naturę dictat, *vt in pari causa potior sit, qui certat de damno euitando*, vide *l. qui autem 6. §. simili modo. & ibi gl. quae in fraud. credit. itē l. non debet actori. §. in re obscura. D. de reg. iur.* Obserua diligēter hāc totam doctrinam aduersus futiles praetextus hominum non bonorum, qui qualibet ratione quaerunt, quomodo suam malitiam, animum iniuriarum & vindictae cupidissimum excusent. Contra eos etiam, qui consueuerunt miserè citare, miserè torquere homines audaculi regulas. Et valeant sanè ineptiae. Is me prouocauit; ergò dedit occasionem, vt illum verberarem, & sic ipse tenetur de hoc damno. Item: Nocturno tempore fuit in plateis, cum armis fuit, me verbis compellauit; ergò dedit occasionem, vt verberaretur, & sic ipsi imputandum est damnum, quod sua culpa sentit. Non sanè sic & similiter satis rectè colligitur. Et ostendi iam alios fontes. Videamus deinceps nostra haec exempla. Ergò miles, dum iaculis ludit, & exercitatur, seruum tuum transeuntem casu interfecerit, si fecit hoc tempore & loco consueto, nihil peccauit; si alius hoc fecit, cui non solet hoc permitti, si alio loco, alio tempore, culpae reus est. Si putator ex arbore deiecto ramo seruum tuum transeuntem casu interfecerit, si seorsim à via, si in fundo suo id factum est, nihil peccauit; imò illius magis est culpa, qui non debuit per eam viam & locum ire. Quod si propè viam publicam id accidit, nec deiiciens satis tempestiuè proclamauit, culpę reus est, quoniam diligentior & vigilantior esse debuit. Sed quid si alter culpa, alter dolo peccet, veluti si ambulantem in loco non consueto, in suo fundo, data opera deiecto ramo laedat? Verum est, culpam esse penes eum, qui laesus est. Sed iam dixi, rectè docere Iurisconsultos, dolum praeponderare culpae. Vides igitur, quomodo distinguant culpam & casum. Equidem disces ex hoc textu diligenter circumstantias omnis rei, & quid quemque facere vel omittere oporteat siue deceat, tum pro ratione propositi negotii, tum etiam pro ratione loci. Haec omnia dico diligenter introspicienda, & sic videndum, quatenus quisque culpae reus sit vel non sit. Et hoc sanè cum ab homine cordato & studioso fiet, discet hinc multa alia quotidiana diiudicare. Ecce in hoc loco, vbi agit de exercitiis militum, fortè dum in hybernis & statiuis degūt, licebit examinare morem sagittariorum in oppido; licebit itidem colluctatorum & pugilum leges excutere. Et de his habes *in l. qua actione. D. nostro tit.*

Memineris tamē illam legem, quatenus quis possit alterum impunè occidere, apud Christianos non debere admitti. Sanè in foro conscientiæ non valet, vide *extra. de torneamentis*, vide etiam *Cod. de gladiatorib. tollend. lib. 11.* Sic nec duellum hodie admitti debet, de quo *in tit. de pace tenenda & eius violatorib.* Et fuit eius frequentissimus vsus apud Longobardos & Saxones *vt in leg Longobardicis.* & apud Saxones. vide *lib. 1. Landrecht. artic. 18. 39. 49 63 cum duob seqq & lib. 2. art. 3. cum multis similib.* Equidem postquam hi populi & hæ gentes nomen dederunt Christo, vigere omninò debuit illud Pauli ad Timoth. *Discedat ab impietate omnis, qui nominat nomen Christi.* Sed quando de cæde per culpam diximus, obiter indicemus, qualis sit ob culpam hanc sine dolo pœna. Illud cōstat, mitius puniendū esse culpam quàm dolum. Quamquam lex Aquilia non videatur distinguere: ostendit tamen Iurisconsultus *in l 7. D de sicar.* l. Cornel. non puniri. Quicquid sit, hodiè exilii pœna vsitata est, id est relegationis. Et notauit D. Cuiacius *ad Iulium Paulum lib 5. receptarum sententiarum. lib. 23.* item D. D. Wesemb. Qui dolo hominem occidit, vltimo supplicio & morte mulctatur ex l. Cornelia, sed tamen variè pro qualitate facti. Sed de hoc ad tit. finalem.

§. 4. Præterea si Medicus, &c.

Alius casus & locus de damno, quod per culpam datur. Et est locus admodum pulcher de peccatis & erratis in arte, quam quisque profitetur, licet hic de Medico saltem scribat. Et nostri officii est diligenter hic ostendere & indicare ipsum genus culpę. Porrò duplicem culpam videtur Medici redarguere. Medicum autem Vlpianus accipit, etiamsi alicuius partis sanitatem pollicetur, qualis est chirurgus. *l. 1. D. de variis & extraord. cognit.* Sed nunc ad casum, vbi loquitur de Medici sectione. Et potest hoc etiam intelligi de sectione venæ, quæ proculdubio imperitè, ac vbi minimè oportebat, adhibita periculosa est. Sed relinquo hoc Medicis. *Si Medicus*, igitur inquit, *qui seruum tuum secuit, dereliquerit curationem eius, & ob id is mortuus fuerit, culpa reus est*, nimirum, tenetur ex primo capite l. Aquiliæ. Est itaq; hæc culpa in desertione; nimirū, ab initio suscipere quid, veluti curationem liberum est, quod artis nostræ vsus nemini addictus sit nostri arbitrii, sed susceptam tamen curam deserere non licet. Ad q̄ valet hic textus & argum. *l. si car. C. de oblig.* & agit tamē hic de desertione, quæ fit negligentia, nō desperatione curandi, vide *l 8. D. eod.* Et hæc de loco priori. Nunc ad alterum. *Si Medicus*, inquit, *ideo seruum tuum occiderit, quia malè eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit, culpa reus est.* Sed hic incidunt pulchræ dubitationes; anne Medicus, si ægrotum susceptum non curauerit, culpæ reus sit, & pœna constringi possit & debeat? Aliter sanè docet Sapientia Syracidis, nempè opus Dei est, vt Medicorum manus successum consequantur. Et pulchrè vereq; dicitur, & quasi prouerbiali sermone.

Non est in Medico semper releuetur vt æger:
Interdum docta plus valet arte malum.

Quid igitur hic locus vult? Equidem commonefactio est de rebus grauissimis. Et proponitur lex cōtra impostores, quales sunt multi in omnibus generibus studiorum, qui quod non benè didicerunt, quæstus tamen causa non sine pernicie hominum exercere audent. Et res omninò ita habet: Vnaquaq; ars suis definita est regulis, & habet suam quādam methodum agendi & procedendi. Hic igitur, qui se Medicum, Iurisconsultum, &c. profitetur, callere rectè atque integrè debet. Et si quid imperitia ignorantiaue peccet, culpæ reus est. Meritò, ex eo, quod non debet quis, quod non benè didicit, graui hominum periculo profiteri, & de vita hominis temerè ludere. Sic Iurisconsultus de Medicis *in l. illicitas. §. sicuti Medico. D. de offic. præsid.* Sed quod de Medicis dicit, suo loco & modo ad Iurisconsultos etiam & ad alias

alias etiam professiones pertinet, per ratiocinationem siue extensiuam interpretationē. Et paulò pòst alio etiam tit. dicetur de Iudice, qui malè iudicando litē suam facit. Hùc pertinent varia dicta: *Antequam loquaris, disce*, inquit Ecclesiast. *cap.18.* & omninò mandatum esse credamus studium rectè discendi. Vide, si placet, seueram commonefactionem ad studiosos iuris, qui ad negotia nondum satis instructi temerè accedunt, sanctæ memoriæ magnanimi Lutheri in Micham Prophetam *cap.3.* Sanè omnium maximum est, ordine titulos, locos & materias discere. Et accidit tum nobis, quod dici solet: Necessaria ignoramus, quia non necessaria didicimus. Equidem cum quis suæ artis præcepta bene didicit & cognouit, tunc potest gloriari de felicitate, de qua Paulus ad Corinth. 1. c.4. Nec erit inanis labor in domino, vt ibidem *cap 15.* Et tunc, si quid supra hoc accidat, pertinebit id ad prædictā regulam: *Non est in Medico semper reueletur vt ager, &c. Ars*, inquit Quint. *non est posita in euentu lib. 2. c. 18.* Hæc est, vt spero, genuina & salutaris exempli huius loci sententia.

§.5. Impetu quoque mularum, &c.

Adhuc alia proponit exempla, vt de mulione, qui imperitia vel infirmitate etiam mulas retinere non potest, vt per hoc oppresserit aliquem suo iumento. *Is*, inquit, *culpæ reus est.* de quo *in l 8. D. eod tit.* Atqui idem fit de equis & similib. & habes casus in tit. iuris Pontificii, extra *de homicid. voluntario & casuali. c. dilectus & c. significasti 1.* Et omninò multi singulares casus ibi extāt de culpa & de casu. Sed ad culpam hanc, vt supra dixi, non debet quis, quod non benè didicit, eum hominum periculo profiteri. Et qui alicui rei præest, diligentiam debet & fidelitatem pro natura & ratione illius negotii. Regula igitur dicit: *Imperitia culpæ annumeratur*. vide *l. imperitia. D. de reg. iur.* Et rursus Caius *in d. l. 8. De infirmitate etiam affectare quis non debet, in quo intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram.* Vides igitur loco conclusionis, quàm diligenter prospectum sit hac l. Aquilia humanis casibus, & sanè etiam leuissimam culpam hæc lex vindicat *l. in lege. D. eod. tit.* Hic & illud nota, quod scribitur *in l 10. D. eod.* Ludus quoque noxius in culpa est.

§.11. Cæterum placuit, &c.

Nouissimè distinguit in actione legis Aquiliæ, quæ alibi directò competit, siue directa est, alibi vtilis, alibi etiam actio in factum eius loco datur. Et in summa: Aut damnum dās suis manibus, suoq; corpore ipse damnum dedit, & verè causa est efficiens, & locum habet actio directa. Aut magis fuit ipse damni causa quadantenus adiuuans, &, vt dici solet, sine qua non, vt quia non ipse damnum dedit, sed occasio damni & causa fuit. Et locum hic habet actio saltem vtilis. Exempla habes in textu. Sed & neque actione efficiente, si ita damnum datum sit, vt tamen nec ego verè id damnum dederim, puta corpore meo omninò non læserim, nec corpus læsum sit; veluti, si seruum tuū compeditum misericordia ductus soluero, qui deinde fugiens ita te damno affecit, actio in factum prætoria locum habet; cùm hic ipso iure neque directa actio legis Aquiliæ, nec vtilis dari possit. Vide de hoc plura exempla *in l. 7. 9. 37. §. fin. 51. D eod. item l. 7. §. item Labeo. D. de dolo malo.* Illud etiam nota, liberum hominem suo iure vtilem habere actionem l. Aquiliæ. Directum enim non habet; quia nemo est dominus membrorum suorum. Et rursus, liberi corporis non est æstimatio. *L. liber homo 14 D. eod* Itaque hic quoque agetur hac l. Aquilia; sed aliter & ad alium finem & exitum, nempè ex edicto, de his qui deiecerunt, & ibi *in l. fin.* Sed de hoc ad tit. sequentem.

DE INIVRIIS.

TITVLVS IV.



Eneraliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit. Specialiter, aliâs contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant; aliâs culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria datum accipitur; aliâs iniquitas, & iniustitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant. Cùm enim Prætor vel Iudex non iure contra quem pronunciat, iniuriam accepisse dicitur.

§. 1. Iniuria autem committitur, non solùm cùm quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit, sed & si cui conuitium factum fuerit, siue cuius bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicuius libellum [aut carmen, aut historiam] scripserit, composuerit, ediderit, doloue malo fecerit, quò quid eorum fieret, siue quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamue adsectatus fuerit, siue cuius pudicitia attentata esse dicetur, & denique aliis plurimis modis admitti iniuriam manifestum est.

§. 3. Patitur autem quis iniuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet, item per vxorem suam. Id enim magis præualuit. Itaque si filiæ alicuius, quæ Titio nupta est, iniuriam feceris, non solùm filiæ nomine tecum iniuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro iniuria facta sit, vxor iniuriarum agere non potest. Defendi enim vxores à viris, non viros ab vxoribus æquum est. Sed & socer nurus nomine, cuius vir in eius potestate est, iniuriarum agere potest.

§. 4. Seruis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur. Non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & vxores, sed ita, quùm quid atrocius commissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respicit, veluti si quis alienum seruum [atrociter] verberauerit, & in hunc casum actio proponitur.

§. 5. At si quis seruo conuitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit. Si communi seruo iniuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem iniuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit iniuria. Quòd si vsusfructus in seruo Titii est, proprietas Mæuii, magis Mæuio iniuria fieri intelligitur.

§. 6. Sed si libero homini, qui tibi bona fide seruit, iniuria facta sit, nulla tibi

tibi actio dabitur, sed suo nomine is experire poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit: tunc enim competit & tibi iniuriarum actio. Idem ergo est, & in seruo alieno bona fide tibi seruiente, vt toties admittatur iniuriarum actio, quoties in tuam contumeliam iniuria ei facta sit.

§.7. Pœna autem iniuriarum ex lege 12. tabularum, propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os verò fractum numerariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebãt ipsis, qui iniuriam passi sunt, eam æstimare, vt Iudex vel tanti Reum condemnet, quanti iniuriam passus æstimauerit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem iniuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit. Quam autem Prætores introduxerunt (quæ etiam honoraria appellatur) in iudiciis frequentatur. Nam secundùm gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit aut minuitur æstimatio iniuriæ, qui gradus condemnationis, & in seruili persona non immeritò seruatur, vt aliud in seruo actore; aliud in medii actus homine; aliud in vilissimo vel compedito ius æstimationis constituatur.

§.8. Sed & lex Cornelia de iniuriis loquitur, & iniuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quòd se pulsatum quis, verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, siue in propria domo quis habitet, siue in conducta, siue gratis, siue hospitio receptus sit.

§.9. Atrox iniuria æstimatur vel ex facto; veluti, si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus. Vel ex loco; veluti, si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris iniuria facta sit. Vel ex persona; veluti, si Magistratus iniuriam passus fuerit, vel si Senatori ab humili persona iniuria facta sit, aut parenti, patronove fiat à liberis, vel libertis. Aliter enim Senatoris & parentis, patroniq; aliter extranei & humilis personæ iniuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem iniuriam facit; veluti, si in oculo quis percussus fuerit. Parui autẽ refert, vtrùm patrifamiliâs, an filiofamiliâs talis iniuria facta sit: nam & hæc atrox iniuria æstimabitur.

§.10. In summa, sciendum est de omni iniuria, eum qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel ciuiliter. Et si quidem ciuiliter agatur, æstimatione facta secundùm quod dictum est, pœna Reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio Iudicis extraordinaria pœna Reo irrogatur; hoc videlicet obseruando, quod Zenoniana cõstitutio introduxit, vt viri illustres, quiq; super eos sunt, & per procuratores possint actionem iniuriarum criminaliter, vel persequi, vel suscipere secundùm eius tenorem; qui ex ipsa manifestiùs apparet.

§. 11. Non solùm autem is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, id est, qui percussit; verùm ille quoq; tenetur, qui dolo fecit iniuriã, vel qui procurauit, vt cui mala pugno percuteretur.

§. 12. Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis iniuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non reuocauerit, postea ex pœnitentia remissam iniuriam non poterit recolere.

COMMENTARII.

SEquitur quartum delictum de Iniuriis, peccatum (proh malum) in vita humana, & in omni genere hominum, materia maximorum & grauissimorum malorum & rixarum, simultatum, distractionum animorum, etiam inter bonos alioquin, cędis & bellorũ, pernicies & pestis nefaria & pͥsentissima Ecclesiæ. Vnde & Christus & eius Apostoli tàm diligenter voluerunt cauere, ne hoc malum Ecclesiam laceraret. Ad Galat. 5. scribit Paul. *Quod si inuicẽ mordetis & deuoratis, videte, ne alius ab alio vicissim consumamini.* Et ad Corinth. totus propè in hoc est, *ne alius alium ob donorum excellentiam præ se despiciat, contẽnat, spernat, negligat; sed cogitet, quod & verum est, Deum iis etiam, qui putãtur infimi, singulare beneficium sæpè & donum contulisse, quo alios plurimùm iuuent, & Ecclesiæ Dei prosint.* Et alioquin verum est, naturam humanã impatientissimam esse contemptus; & dici solet: *Habet & musca splenem, & formicæ sua bilis inest.* Sapientes igitur obseruare debent, omnia cõsilia de Ecclesiæ pace frustrà inter fratres suscipi, nisi in charitate alter alterum sufferat; & nisi non sit tantus contẽptus ob dona q̃dam excellentiora. Imò cogitandum, ꝙ Paulus inquit: *Quid habes, quod non accepisti?* Sed nũc ad rem præsentẽ. Primum igitur hic sciendũ, iniuriam hic aliter accipi, q̃ supra in l. Aqlia, & alibi, de quo hic text. noster. Et vt breuiter dicã, iniuria hic accipitur speciatim ꝑ contumelia, sic dicta à contemnendo, q̃ Græci ὕβριν, Germani Schmach nominant. Cicer. vel qsqs is est, *lib. 4. ad Herenn.* inquit: *Iniuria est, quæ aut pulsando corpus, aut conuitio aures, aut aliqua turpitudine vitam alicuius violat*, vt hic *ex Instit. item ex D.* demõstrari potest. Iniuria est, q̃ pertinet ad alicuius contumeliam siue infamiã; ita hic & *in l. 1. item l. apud 15. §. ait prætor ne quid. D. eod. tit.* Nunc etiã ex illo loco Cicer. habes eiusdẽ iniuriæ diuisionem; nempè verbis fit, siue scriptis, siue dictis. Sed & gestib. imò re etiã; veluti verberando. ICti dicunt fieri eam re & verbis. Vnde vocãt realem & verbalẽ iniuriam. Et vide IC. varie diuidentẽ *in l. 1. D. eod.* Dicunt siue distinguunt in atrocẽ & minus atrocem. *l. prætor ait 7. §. fin. D. eod.* Potest etiã dici, aliam esse simplicem iniuriam, aliam coniunctã etiam cum dãno. Simplex sanè iniuria fit potissimum verbis. Durch Schelt vnd Schmähwort. Sed & deinceps *in §. 2.* persequitur Iustinianus multiplicẽ & variam iniuriam. Nos videbimus nũc primũ de iniuria, quę fit verbis, &, vt inquit IC. cõuitio. Et statim pòst paucula quædam in hoc §. ipse inquit: *Sed & si cui conuitium factum fuerit, iniuria cõmittitur. Conuitium* inquit Vlpian. *vel à concitatione, vel à conuentu, hoc est, à collatione vocum. Cum n. in vnũ plures voces conferuntur, conuitium appellatur, quasi conuocium. d. l. item apud. §. ait prætor.* Sed videbis tamen deinceps Vlpian. ita declarare, vt ostendat generatim (vt ad vsum fori loquat) de maledictis agi. Sed hic deinceps in vsum fori & Ecclesiæ incidit grauis deliberatio & cõmonefactio de reb. maximis, omni tẽpore & nunc etiã præcipuè necessariis. Quæritur, an, si verũ etiam sit, ꝙ obiicitur, iniuria hæc cõmittatur, quæ legib. vindicãda sit? Et certũ est, calumnias & falsas interpretationes eorũ, q̃ si nõ omninò appositè & cõmodè, tamẽ nec malè, sed ambiguè dicta & facta sunt, ꝓhibitas esse. Sed occurrit dubitatio, an exprobrationes etiã vitiorum erratorum & peccatorũ videantur damnatæ? Cõstat sanè Christiano non licere Christianum contumelia afficere,

Ob-ia

Obuia sunt dicta & præcepta Christi & discipulorum eius: *Alter alterius onera portare debet*, ad Galat.6. *Nolite iudicare, nolite condemnare.* Luc.6. *Benedicite & nolite maledicere.* Rom.12 *Benedicite maledicentib.* 1 Corinth.4. 1.Pet.3. *Nolite malum malo reddere, &c.* Et sanè antithesin habent ista, afficere cõtumelia, & afficere honore. Porrò, vt damnandi sunt ciuiliter fatui Monachi & alii, fingentes Christum nouum quendam legislatorẽ esse, adferentẽ aliqd amplius, q̃ lex desiderat, & cõsilia etiam, vt vocãt, quib. ipse parere studeat: ita nõ minus ferendi sunt, & nescio an sint ẽt duriores hoẽs, ꝓfani, statuentes hæc & huiusmodi esse hyperbolicas locutiones, quib. Christus modum excedit, & nõ ẽt ideo dicta sint, quasi Christus ea fieri velit & cupiat, siue quib. nos studere velit. Sed hęc ita cõsideranti, quib. efficeretur nõ licere, etiamsi verum dicas, alteri sua vitia & errata obiicere, occurrũt rursus alia; an igitur malum oporteat dicere bonum, aut mentiẽdum sit, i.e. an admonitiones, functiones publicę & ministeria sint sublata? Et extant leges Imperii, quæ dicunt, publicè interesse, vt fiant nota crimina, & vt sontes infamentur. *Leum qui nocent em.* §.1. *D. eod.* Et IC. de iniuria per cõuitium scribẽs sic loquitur: *Si contra bonos mores fiat, quod sit cõditionalis d.l.15. D. eod.* Dicemus igitur, licere sanè cõcionatori & ministro Verbi Dei factũ imꝓbum hominis notare; licere docenti & IC. iuxta sentẽtiam legis, ꝙ improbum factũ est, damnare; licere Magistratui nocentem culpare; licere fratrem de peccato & crimine cõmonefacere; licere parentib. præceptorib. & seniorib. liberorum vitia acrius etiam reprehendere. Et non modo hoc, sed licere etiã falsam accusationẽ, falsam criminationem à se legitimè propellere; etsi sanè non facilè & non temerè homo grauis affici debet verbo iniurioso, vt remaledicat. Et sic exẽpli gratia: si quis prouocatus grauib. & atrocib. iniuriis dicit, *tu mentiris*, ob hoc non fecit iniuriam. Fortassis tamẽ, vt hoc obiter addam, ꝓ qualitate personarum mitius est addere; *dico te, saluo tamen honore tuo, mentiri*; vel sic dicere, *Mendacium dicis, parcis veritati.* Et alioquin sanè dicunt Dd. iniuriam inferri, si quis dicat alteri, *tu mentiris.* Ita Bartol. *in d. Litem apud.* §. *ait prætor.* vide etia text. *in l qua omnia. vers. sed si aduersarius. D. de procuratorib.* & ibid etiam Bartol. vide quoq; Iodoc. Damhoud. *in praxi Criminali c.136* Hæc igitur, de quib. dixi, sine iniuria fiunt, & hæc licere. Licebit etiã defendẽdæ publicæ veritatis causa, sui status publici, suęq; functionis criminationẽ dignis verbis & modis repellere. Sed tamen tenẽdus semper legitimus modus, quandoquidẽ non est tàm facile verbis indicare, q̃ diligenti quadam prudẽtia cognoscere. Videndũ semper, quatenus nobis progredi liceat. Ecce, ne amplius addatur impiis, vt magis perseuerent in malitia, & res benè se gessisse putẽt, ne boni & imperitiores, quos Ecclesia vocat infirmos, offendantur, non est ferenda cõtumelia, nec ad eam conniuendum. Et rursus, ne cõmoti nimium fines excedamus, ne turbemus omnia, & iterum, ne offendamus & alienemus infirmos, cum præsertim videmus, nihil nos apud alios profecturos esse, est potius ferẽda contumelia, & nunq̃ sanè miscendi sunt ꝓprii affectus. Et dicit Salomon Prouerb.26 *Respõde stulto, ne videatur sibi sapere: Ne respondeas stulto, ne & tu videaris ei similis.* Huc etiã pertinet illud: *Durus imò crudelis est, qui nõ defendit famam suam. c. non sunt audiendi. cum aliq. seq. 11.q.3.* Huc pertinet, ꝙ pulchrè admodũ scribitur *in c. istuc. de reg. iur. in 6. Estote misericordes, sicut & pater vester.* Hoc loco nihil aliud nobis pcipi existimo, nisi, vt ea facta, quę dubiũ est quo animo fiant, in meliorẽ partẽ interpretemur. Quod n. scriptũ est, *ex fructib. eorũ cognoscetis eos*, de manifestis dictũ est, quę nõ possunt bono animo fieri, vt stupra, blasphemiæ, furta, ebrietates, &c. de quib. nobis pmittitur iudicare. Hic etiam addãtur duo à profanis Scriptoribus & Ethnicis celebrata. Cum iurgium ortum esset inter Senatorem & Equitem Roman. D. Vespasianus hac sententia litem diremit; *Maledicere quidem non oportet*

oportet Senatori; remaledicere autem & fas & ciuile; intellige defensionis saltem causa. Et rursus auctore Liuio *lib. 5. Decad. 5.* Rhodiorum legati dutiùs aliquando appellati, sic responderũt: *Superbiam verborum iracundi quidem oderunt, prudentes verò irrident, &c.* Ergo de his omnibus cõmonefieri oportet, quando ICtus inquit: *Contra bonos mores, &c.* puta, qui aduersus bonos mores conuitium fecerit. Et dicta illa Ecclesiæ & scripturæ, de q. bus supra, sic, vt iã exposui, intelligẽda sunt, vt valeãt inter priuatos, in priuatis negotiis, & ne quid fiat ꝓpriæ vindictæ, iræ aut vltionis causa; & sine vlla offensione fratris extra officium aliquod publicũ. Lex etiam publicã vtilitatem excipit, *vt in d. c. eum qui nocẽtem.* Nec tamen hic etiam probatur priuatæ vindictæ & vltionis cupiditas. Supra hæc igitur non licebit, nec verum dicendo, conuitium dicere sine pœna iniurię. Si enim hoc liceret, & liceret cuilibet sua vitia, sua errata, ꝓpria auctoritate petulanter exprobrare, quis erit exitus, quis finis? Cum, vt inquit ille, *vitiis nemo sine nascitur.* Et quæ etiã vtilitas ex hoc esse potest? Iam amplius scribunt & hoc IC. quod tamen generaliter ad omnes iniurias pertinet; iniuriam nõ fieri absq; animo siue affectu iniuriandi absq; dolo. *l. 3. D. eod.* Vnde rursus concludi potest, non fieri ab istis personis, de quibus supra, iniuriam. Non enim causa faciẽdi est iniuria, sed correctio, emendatio, vide *d. l. 15. §. adiicitur. D. eod. in l. prætor edixit 7. §. præterea, l. sed etsi 5. D. ad leg. Aquil. l. aut facta 16. §. causa. D. de pœn.* Illud tamẽ etiã obseruandum, ne modũ & officium excedãt. Sic enim teneri possunt, & vel ob damnũ datum, vide *d. l. prætor edixit. D. eod. d. l. 15. §. adiicitur, & d. l. 5. ad l. Aquil.* Et de Magistratu excedẽte suum munus & officium, habes *in d. §. adiicitur,* & vide etiam *l. nec Magistratib. cum seq. D. eod. item l. quidam. § Magistratus. D. ad l. Aquil.* Vnde etiam notauit Chilianus König *in praxi sua cap. 2. num. 36.*

Porrò ex eodem illo loco, de quo nunc dixi, conficitur, & alias nõnullas personas esse, quæ iniuriam nõ faciunt, vt furiosus, puer & impubes, iocans, *l. 3. D. eod.* Hic potest etiam excuti de ebrio, qui comparatur furioso. Dolus sanè videtur abesse in ebrio; vide *d. l. 6. §. per vnum D. de re militari. & l. vnic. C. si quis Imperatori maledixerit.* culpa tamen hic est, quæ præcedit casum & delictum. *l. respiciendum. §. pen. D. de pœn.* vnde videtur puniendus, sed mitius.

Hîc amplius occurrunt quæstiones perpulchrè; Si quis dixerit alicui verbum, quod per se videtur iniuriosum & contumeliosum, neget autẽ se malo animo id fecisse? Et sanè ex hoc dicemus, onerari ipsum pręsumptione iuris, quasi malo & calumnię animo id fecerit, *l. si non conuitii, & quæ ibi notantur. C. eo.* Altera quęstio est: Si verbũ dubium sit, id est, quod absq; iniuria dici potest, vt solet fieri in ironiis? Atq; hic magis est, vt probet Actor iniuriæ causa sine animo esse dictum. *d. l. si non conuitii.* Iam tertio quæri potest *de l. quicquid calore. D. de regul. iur.* an iniuria hæc possit pœnitentia & reuocatione aboleri & mutari; veluti, si dicat, se ebrium aut cõmotione quadam animi dixisse? Puto rectè dici in atrocibus iniuriis & realibus id non posse admitti, etsi circumstantiæ considerandæ sint, quo ad pœnam; sed in leuioribus & verbalib. admittendum. Atq; huius rei praxin ostendit Chilianus König. *cap. 80. n. 4.* & extat etiam de hoc insignis lex in Iure Lõgobardico *lib. 1. tit 5. de conuitiis, l. 1.* Occurrit nunc etiam pulchra inspectio de eo, qui iniuriam sibi illatã dissimulat, nec se purgare tentat actione, anne ob id metuenda sit infamia aliqua? Et de hoc pulchrè videtur docere Gordianus Princeps *in l. si non es 3. C. eod. Si non es,* inquit, *nunciator, vereri non debes, ne ea propter, quod iniuriæ faciendæ gratia quidam te veluti delatorem esse dixerunt, opinio tua maculata sit.* Sed quid, si tamen id, quod obiicitur, nõ sit prorsus ab inimicis & ab hostib. sceleratis obiectum, & possit esse verum, licet is, qui obiecit, non velit aut non possit esse accusator, qa vel abest, vel alia res impediat? Imo, quid si possit esse

esse præsumptio aliqua contra diffamatum, nunquid nunc aliquatenus nocere debebit, cui obiicitur, si se defendere non velit. Possunt sanè eæ res ita diffamatos in officio & functione relinquere; interim tamen nocere moribus & exemplo. Quid igitur veteres vsi sunt purgationib. sed in cæca religione stolidi & superstitiosi, præsertim Longobardi & Saxones, puta per duellum, per ferrũ candẽs, aquam feruentem aut frigidam, vomeres ignitos, per immersionẽ in flumen, & similia? Et eò etiam peruentum est (vt solet omnipotens & zelotes ille Deus superstitionẽ percutere cæcitate mẽtis) vt ad hanc rem inciperẽt adhibere sacrosanctam Cœnam! *Communicatio corporis & sanguinis Iesu Christi sit tibi ad probationem.* Et de istis probationib. per duellum, per ferrum candẽs, habes multa in Iure Longobardico, item Saxonico; vbi vide *lib. 1. art. 18. & art. 39.* Sed Pontifices illam, quam dicunt purgationem vulgarem, reiecerunt; vide *tit. de purgat. vulg. itẽ causam 2. q. 4.* Nunc sanè, si quo casu purgatio adhibenda est, recipimus purgationem rectiorem per iusiurandum. Vide de hoc loco Iure Pontificio, & *tit. ibid. de purgat. Canonic.* Et hæc hactenus.

Hic etiam dicendum est de praxi *l. diffamari, C. de ingenuis manumissis.* nempè, de quo iam ante etiam monui, qui conuitium alicui dixerit, si qdem temerè & ad Rempublicam non pertineat, siue Reipublicæ non intersit, vt id sciatur, non faciet impunè. Quod si qs obiicit, quod Reipublicæ intersit, sanè sciat, se paratum debere esse, vt hoc ipsum probet. Et ea est praxis rei, atque ita accipiunt *l. pen. C. eod.* Sed ex l diffamari, ex sententia Baldi, hoc obseruatur, vt diffamanti terminus assignetur ad proponendum & probandũ; quo nõ probante, imponitur ei silentium, ne amplius infamet vel inquietet. Et si non paret, mulcta afficitur. Verba textus sunt: *Diffamari statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorundam periniquum est, præsertim cum affirmes, diu præsidem vnum atq; alterum interpellatum à te, vocitasse diuersam partem, vt contradictionem faceret, si defensionibus suis cõfideret. Vnde cõstat, meritò Rectorem prouinciæ commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc aduersa pars perseueret in eadẽ obstinatione, aditus præses prouinciæ ab iniuria temperari præcipiet.* Elegans lex contra susurrones, diffamatores clandestinos, & conuitiatores. Nouissimè de summa pernicie ex hac conuitiatorũ iniuria vide sapientiam Syrac. *c. 22.* Nos pergimus nunc ad alias species iniuriarum.

§. 2. Iniuria autem committitur, &c.

Aliam cõmemorat iniuriam atrociorem, (nescio tamẽ an semper) & sic scribit Syracides, de quo supr. *Etiamsi gladium stringas aduersus aliquem, tamẽ leuius est, quàm contumelia. Omnia sanabiliora sunt, præterquam cõuitia & contemptus.* Et hoc est, ꝙ nuper dixi. Sed ad rem præsentem. Aliam, dico, cõmemorat iniuriam, quæ fit verberando, & sic re ipsa. Porrò distinguit hic inter pulsationem & verberationem. Pulsare leuius est, nempè sine dolore fortè; vide *l. 5. D. eod.* licet alii aliam lectionem ibi receperint; vide Hottoman. Sanè ex hoc videtur Saxo sumpsisse distinctionem inter vulnera, Fleischwunden / Offenwunden / Kampffwunden / Blutrüste / vide *lib. 1. art. 16. & lib. 3. art. 31.* In summa nota hic, siue grauiter, siue leuiter quis verberatus sit, actionem iniuriarum competere. Imò docet etiam Vlpian. *si quis verberatus non sit, verùm manibus aduersus eũ leuatis perterritus fuerit, quasi vapulaturus, vtilem actionem iniuriarũ intendere eum posse.* vide *l. item apud 15. §. 2. D. eod.* Et nota hic & diligentiam optimi IC. in obuiando futuris malis. Nam bene dicitur: *Principiis obsta, &c.* Et dicit IC. *Melius est in tempore occurrere, quàm post vulneratam causam remedium quærere.*

℣. Siue cuius bona, &c.] Alia iterum species iniuriæ, quæ fit re ipsa, quando aliqd agitur nostri infamandi causa, quasi soluẽdo non essemus. Et extat hic locus *in d. l. item apud 15.* ex quo ostenditur, iniuriam cõtinere,

si quis ab aliquo paupertatis insimuletur. Vide in hunc locum plures casus *in d. l. item apud, & in d. l. si creditor cum seq. l. si liber. l. si iniuria. D. eod. cum similib.*

℣. Vel si quis ad infamiam, &c.] Proponitur nunc iniuria, nimirum hoc tempore frequens. Et monuit Apostolus *2. ad Timoth. 3.* extremis diebus maximè futurum, vt sint homines malefici & criminatores. Fit autem hæc quoq; iniuria verbis & scriptis; & multis nominibus atrocior est, quàm illa superior. Primùm, conuitium apertum plerunq; est, & notus est is, qui conuitiũ dicit, vt eo nomine iusta defensio facilè possit cõpetere; at hi maledici occultè plerunq; cõuitiantur, nõ edito nomine. Deinde vox dicta facilè perit; at scripta manet & diuulgatur. Quod si nunc alias etiã circumstantias placeret excutere; veluti, quod in his scriptis ferè & bonis pariter & malis, absentib. & præsentib. maledicitur. Boni traducũtur, & imperiti accipiunt occasionẽ dubitandi de ipsorum fama. Et quasi nunc cernitur etiã hic petulantia, vbi discipuli præceptorib. homines infimi maledicũt innocẽtib. doctis & piis, affingentes illis pro suo arbitrio crimina & nomina. In summa eos criminãtur, quib. vt dici solet, non possunt aquã porrigere. Quod si igitur, vt dicebã, has oẽs circũstantias examinemus, videbimus huius facinoris summã atrocitatem. Et proinde grauissimam etiã pœnam voluerunt ex hac iniuria Romani esse, de qua postea. Sed & Saxones, cũ in cæteris iniuriis receperint leuiores pœnas, hîc retinent pœnã Iur. Ciuil. grauissimã. Sed de hoc infra. Dixi supra, nec, si verũ dicatur aut scribatur, pmittendũ esse, vt ita propria auctoritate cuiuis obiiciãtur ipsi⁹ peccata & errata. Cur n. sunt iudicia? cur Magistratus? Et ita intelligo celebrẽ l. *Eum qui non semper, &c. D. eod. item l. pen. C. eod.* facit & *l. vn. C. de famos. libel.* licet etiã adiicere auctoritatẽ Horatii *lib. 1. serm. Satyr. 4.* Quæ pertineãt ad defensionem, & ad vniuscuiusq; officiũ, supra monui. Nunc famosè etiã notare volunt, ad quorum officium nihil tale pertinet. Ergo sanè, si vis maledicere aut conuitiu m dicere, nõ satis est dicere, quod verum est, sed ede nomẽ & propter te vt accusatorẽ criminis, quod publicè sciri expedit. Plura de hoc loco malo dicere verbis alienis q̃ meis. Pulchrè admodũ apud Ciceron *lib. 4. de Republ.* scribitur: *Tolerabilius esse, si tantùm mali ita scriptis diuulgẽtur & notentur.* Post, quasi seipsum corrigens: *Etsi,* inquit, *huiusmodi ciues accẽsere melius est, quàm à Poeta notari,* (solebãt tunc Poetę & Comici id pcipuè facere, nunc faciunt etiã omnium infamissimi & insulsissimi) *iudiciis n. & Magistratuum disceptationib. legitimis propositã vitam, nõ Poetarum ingeniis, habere debemus, nec probrũ audire, nisi ea lege, vt respondere liceat, & iudicio defendere.* Et egregiè olim Constantin. Imp. *Innocẽs potius creditur, cui defuit accusator, cũ non defuerit inimicus.* Extat in C. Theodosian. *tit. de fam. libell. l. 6.* O pulchrũ dictum! Sed & alia tamen supra annotaui.

Cęterũ incidit nunc difficilis q̃stio, in qua mirè certãt Interpretes, & Dd. de re sanè grauissima, & ob q̃ tanta est huius petulantiæ in maledicẽdo licentia. Est disputatio de famosi libelli definitione. Equidem IC. famosum scriptum omninò inter iniurias numerat, vt licet videre *in l. 5. §. vlt. D. de iniuriis.* Et vetus fuit admodũ scriptum de famosis scriptis, vt licet videre apud Cicer. *præd. loc. & alibi.* Sed putant vulgò, famosum libellum, de quo in Codice, aliud esse, & ptinere eã legẽ & pœnã saltem ad eos, qui suppresso nomine quid ad alterius infamiã scripserint. Et sic disputatũ est, anne, si nomẽ suum profiteatur scriptor, famosus libellus sit? Illud constat, etsi nomen profitearis, nõ licere crimina cõfingere aut calumniosè adscribere; nec cõuitiis & cõtumeliis, siue contumeliosè vera etiã obiicere, nisi quod fiat ad defensionem famæ, veritatis in doctrina. Et quidnam pertinet, quæso, ad defensionẽ veritatis, aliena peccata, & qdẽ etiã crimina non ad Rempubl. pertinentia, & vitia, & nescio quæ alia, obiicere & detegere? Obserua, quę & qualia sint, quæ obiicit Christus & eius Apostoli, & Prophetę Pharisęis & aliis;

aliis hostib. Euangelii. Non sanè, vt nunc fit, vitia quædam & naturæ & fortunæ, & nescio quæ alia, quę tantùm sapiunt cõuitia, nõ defensionẽ. Hæc igitur scias meritò dãnari; & facilè in hoc cõsentiẽt oẽs boni. Sed nũc hoc quæro; an si quid tale, ꝙ non factum sit scripto quodã famoso, vbi tamẽ scriptor nomen suum ꝓfiteatur, an dico, ob famosum libellũ ex eo condẽnari possit? Et aiunt, ꝙ non; licet nõnulli tamen cõtra sentiant meliori, vt puto, fundamẽto. Et istorum opinio, q negant, videtur magis obtinere. Atque ita sæpè fit, vt malus vsus & praxis bonas leges euertat, &, vt Plaut. inquit, veluti ad pariẽtẽ figat. Hincq; est tanta audacia & sæuitia maledicendi, quę nisi reprimatur, non potest fieri, quin breui exitium aliꝗ magnum adferat Reipubl. Et vero si q̃stio sit de veritate textus; ingenuè & apertè dicam, mihi verissimũ videri, ꝙ nonnulli docent. Etsi nomen suum scriptor carminis siue libelli ꝓfitetur, tamẽ si ad alterius infamiã contra bonos mores de dolo malo scripserit, incidisse eum in pœnam Constitutionis de famos. libel. Et nõ video, cur melior sit, q nomen adscripserit, q̃ qui suppresserit, præsertim sanè cum absentib. maledicitur, q æquè ac si nomẽ adscriptũ nõ esset, ius & potestatẽ cõmodè agendi in foro cõpetenti habent. Et nihil est facilius q̃ ita conuitiari, &, vt dici solet: *Quilibet canis in suo fimo audacissimus est.* Nõ igitur, vt concludã, hoc spectabo, an nomẽ adscripserit vel nõ, sed an ad infamiã scriptũ sit, idq; malo more & dolo malo. Rem ipsam argumentationib. ostẽderem, & obseruatione tẽporum, & ex ipso textu *in l. 5. D. eod.* si non esset nunc consulendũ breuitati. Nunc ex textu, siue iuxta verba tex. quando & qs omninò ex famoso libello teneatur, videbimus. Scribit hic, qui loc⁹ videtur esse *ex l. 5. D. eod.* de Libello, Carmine aut Historia. In Pand. eod. loco post alia verba scribit de Epigrammatis, & qd aliud etiã sit; veluti Cantio, Pictura; vide etiam *l. 15. §. pictura. D. eod.* Amplius scribit: *Si scripserit, composuerit, ediderit, vel etiam dolo malo fecerit, quo quid verum fieret*, &c. In *D. in d. l. 15.* additur etiã de eo, qui emendum, vendendumve ꝓposuerit & curauerit. In *C. l. vn. de famos. libell.* scribitur, eum quoq; teneri, qui repetit, & nõ statim corruperit, vel igne cõsumpserit, sed manifestauerit. Vide quanta seueritate famosos libellos inhibuerint, de quib. fuit etiam lex antiqua decemuiralis, lex Cornelia, SCtum, cõstitutio principalis. Et de iis olim seuerè D. Augustus, teste Cornel. Tacito. Non debebamus igitur in hac re faciles & leues esse, & nequaq̃ oportebat delectari his famos. libellis. Quod diximus, de famoso scripto eum etiam teneri, qui qualibet ratione facienti, componẽti, vel scribenti opẽ tulerit, sed etiam, qui inuẽtum fortè patefecerit, *vt in d. l. vn. C.* illud in Iure Pontificio pulchrè videtur declarari, addita circumstãtia: *Si*, inquit, *dolosè manifestauerit.* Et illud in causa seria notare soleo, q̃q̃, ne fenestram aperiam petulantiæ, libenter, ne quoquo modo libellis istis famosis aliqui afficiantur, auertere mallem. Sed damus pœnas, ꝙ & hic admittimus illud: *Dat veniam coruis, vexat censura columbas.* Fit igitur etiam iniuria famos. libel. De pœna post. à. Nunc pergo ad cæteras species in textu.

℣. Siue quis matremfamilias, &c.] Nunc de iniuriis & contumeliis, cõtra sexum præcipuè fœmineum, nempè honestas matronas & virgines, quas Apostoli Christi volunt honorari, non cõtumeliis & iniuriis affici & dedecorari. Sed videamus rem ipsam, quæ hic ꝓponitur. *Si quis*, inquit, *matrem familias, aut prætextatũ prætextatãve adsectatus fuerit, iniuria est.* Item, *si cuius pudicitia fuerit attentata, iniuria cõmittitur.* Est & alia enunciatio *ex D. si quis virginẽ appellauerit, iniuriã facit.* Ergo fit ea iniuria re & gestu. Quæ aũt & quales sint istæ iniurię, ex verborum expositione intelligitur. *Assectari*, inquit IC. *eum dicimus, qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullã infamiã.* Et pòst scribitur: *Non omnis, qui assectatus est, tenetur: neq; n si quis colludendi, si quis officii honesti causa id facit, statim in edictum incidit, sed qui contra bonos mores hoc fecit.* Ita expressis verbis *in l. 15. §. aliud est. cum sequen. D. eod.*

Et ibidem: *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare.* Et rursus: *Attentari pudicitiam dicimus, cum id agimus, vt ex pudico impudicus fiat.* vide *l attentari 10. D. eod. item d. l. 15. §. qui turpib.* Sed & qui turpibus verbis vtitur, licet non tentet pudicitiam, tamen iniuriarum tenetur. Apparet igitur assectari esse, quasi scortum ad locum destinatū & cōstitutum sectari, & ita sugillare honestā opinionem & ingenuitatis pudorem. Item matrēfamilias hic accipi ꝓ pueris & puellis honestis & pudicis, quasi qui ipso habitu pudoris ingenuitatē præ se ferant, vt sic omnis existimationis occasio ꝑdatur, quę alioqui sumi poterat ex impudico & insolentiori habitu. Et quidem scribit IC. *Si quis virginem meretricia veste assectaretur aut appellaret, non facilè hanc actionē dari, d. l. 15. §. si quis virgines,* & Bart. ibid. annotauit, talem quemq; præsumi, in quali habitu reperitur. Ergo habitus & vestit⁹, in quo puella reperitur, ab hac actione excusare posset assectantē aut appellantē. Sanè à famosis libellis nō excusabit, ꝗ superior doctrina docebit. Sed quid est incōstantius, q̃ ipse insectari & postea diffamari, vt faciunt inepti cumulantes iniuriam iniuria?

§. 3. Patitur autem quis, &c.

Ostendit, q̃ variè fiat iniuria. Nunc vult etiam docere, cui fiat iniuria, & quàm variè iniuria ad aliquē pertinere possit? Et §. iste pulcher per se planus est, vt liceat mihi vti breuitate. Hoc ex eo §. obserua diligēter, summopere abstinēdum esse ab iniuriis illarum personarum, quæ ad alterius ius & defensionem quoquo modo pertinēt; & ex tali iniuria posse plurib. cōpetere actionē iniuriarū, vt neq; vnius actio per aliā cōsumatur. Sic n. docet IC. *in l. 1. §. item ait, cum §. fin & l. seq. 2. cum simil. D. eod.* Ecce, si fœminæ, q̃ sit filiafamiliàs & vxor, iniuria fiat; veluti, conuitium aut famosa notatio in scriptis; ea iniuria tenetur non modò ipsi fœminæ, verum etiā eius patri, itemq; marito. Et aget pater tùm nomine suo, tùm nomine filiæ. Aget etiam maritus quasi sibi sit facta iniuria, & etiā nomine vxoris. Sunt, & qui ipsi ob suam iniuriam agere non possunt, vt serui, verū agit dominus, si vel atrox sit iniuria, vel respectu domini facta. Dd. ex paritate rationis, vt vocāt, hæc ad alias etiam personas accōmodant, ad libertos, ad vasallos, ad ciues, quasi eorum iniuria pertineat, siue pertinere possit ad patronum, ad dominum, ad ipsam Ciuitatem.

§. 7. Pœna autem iniuriarum, &c.

Nunc de effectu & de pœna iniuriarum. Supra monui, si volumus occurrere grauiorib. malis, diligenter hoc agendū esse, vt vindicentur, & læsis succurratur. Scribitur itaq; & docetur hoc loco, iniurias quaslibet certas habuisse pœnas, ex l. 12. tabu. *Propter membrū,* inquit, *ruptū, erat pœna talionis: propter os verò fractum pœna erant nummaria, quasi in magna veterum paupertate,* de eo vide Agell. *lib. 11. c. 1.* Plin. *lib. 18. c. 3.* Quod inquit, de aliis iniuriis fuisse pœnas numinarias, id Agell. *lib. 20. c. 1.* diligēter explicat, nempè scribit: *Si quis alteri iniuriam fecisset, 25. aris pœnā fuisse, vt si os alicuius verberatū esset; atrociores tamen iniurias, vt de osse fracto, intentiori damno vindicatas.* Ergo ꝓpter membrum fractū talio fuit, siue pœna talionis, i. e. similis perpessio & pœna reciproca, vt alibi vocat Imperator. Propter os verò fractū erat pœna nummaria, ꝓ qualitate facti, vt apparet: propter alias iniurias pœna 25. ęris, i. e. 25. assium, quæ efficiunt circiter quadrantē nummi Ioachimici. Propter famosum libellū pœna erat capitalis. Cicero *4. de Repub.* Sed idem Agell. refert, pœnā illā nummariā ludibrio fuisse habitā; de quo vide apud eum locū & exemplum peculiaris adolescentis Lucii Neruii. Itaq; scribit, hanc pœnā prætores aboleuisse & relinq cēsuisse, iniuriisq; æstimādis recuperatores se daturos edixisse. Ergo qua de re agit, porrò nunc text. hic noster, actio iniuriarum alia prodita est, & agi potuit non modo criminalier, sed ciuiliter etiam; vide *l. 7. §. posse. D. eod.* nimirum in hac actione Actor, qui iniuriam perpessus est, iniuriam suam æstimabit, ita vt dicat, iniuriam mihi illatam 100. aureis æstimo. Sed aperienda nunc imprimis est huius actionis natura, nempè ad quid detur. Et puta, in ea

actione

actione esse aliquid singulare; nimirum siue criminaliter siue non criminaliter, sed ciuiliter agatur, hanc actionem esse cõparatam, quasi ad quandam vltionẽ & vindictam iniuriæ & pœnam maleficii, & non ad id, quod interest, siue ad restitutionem, seu præstationem damni dati, vel ad rem familiarem, adeo, vt etsi nihil mea intersit, si nullum damnum sit datum ex iniuria, iniuriarũ tamen ita agere & iniuriam æstimare liceat. Quod ius Legislator ex cõmiseratione quadã ipsis cõtumelia dedit. Et hãc eius actionis naturam licet videre, etsi obscuram, *ex l prætor edixit 7. §. 2. D. nostro tit. item l. 2. §. emancipatus. D. de collat bonorum.* Qua ratione etiã fiet, vt si plures iniuriã fecerint, non cõcurrant in vnam pœnam soluendam, sed singuli teneantur in solidũ. Tot sunt enim iniuriæ, quot pœnę, vide *l. si plures 34. D. eod.* vide etiam *l. 7. §. fin. cum l. 8. & 9. D. de iurisdict.* Ampliùs, vt iam ante monui, hæc actio iniuriarũ & ciuilis est & criminalis. Et licet ex crimine actio ciuilis de re priuata, non præiudicet criminali de republica siue disciplina publica, nec ecõtra, vide *l. prætor edixit 2. §. 2. D. eod. l. 2. §. 2. D. de vi bon. rapt. & C. tit. quando ciuilis actio criminali præiudicet. cum similib.* tamen in hac actione fallit, cum vtraque ad vindictam pertineat. Et sic in ista eligere debet, qua actione agere velit. Et qui ciuiliter agit, criminaliter agere non potest & cõtra, *l. 6. & d. l. 7. D. eod.* Interim tamen aliæ actiones cum hac actione iniuriarum concurrere possunt, vt, si criminaliter actum sit, videatur ex alia actione etiam agi ciuiliter, nempè eo casu, cùm iniuriâ damnum datum est. Disertè docet IC. legis Aquil. actionem concurrere cum hac actione iniuriarũ. *l. 5. D. ad l. Aquil. l. 7. D. nostro tit. l. omnium. C. nostro tit l. qui seruum. D. de oblig.* Et id certum est. Notauit D. Mynsing. *in obser. cent. 1. obser. 25.* cumulationem actionis iniuriarum & l. Aquiliæ in Camera etiam admitti. Sed cum tamẽ lex Aquilia, vt supra tit. præcedenti docuimus, ex liberi corporis cæde siue vulneratione nõ facilè cõpetat, cum liberi corporis nulla sit æstimatio, quæri potest, ad ꝙ damnum agatur? Diximus agi vtili actione legis Aquiliæ. Sed quæritur ad quid? Et sanè ex sentẽtia & auctoritate ordinarii Glossographi adducitur communiter ad hunc locum *l. ex hac 3. D. si quadrupes pauperiem.* quę lex iterum scribitur, vel paulò plenius *in l. fin. D. de his qui deiecerunt & effuderunt.* Ex qua lege is, qui dolo vel culpa damnum dederit, soluet mercedes Medici præstitas, cæteraq; impendia, quæ in curatione facta sunt; præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id, ꝙ inutilis factus est. Cicatricum autem deformitatis nulla fit æstimatio, cum liberũ corpus nullas recipiat ęstimationes. Et hanc legẽ puto semper æquissimam visam esse, quæ etiam lata est in lege Mosaica, *vt Exodi 21.* Et citat eam etiam in eo casu ius Saxonicum, de quo postea. Sed redeamus ad actionẽ iniuriarum, quam diximus criminaliter aut ciuiliter intentari posse. De hac igitur actione sciendum est amplius, siue criminali, siue ciuili iudicio criminatus sit reus, fieri ipsum infamen. Nam vtraque actio hæc infamat, *l. Prætor edixit. §. 1. D. eod. l. 1. D. de his qui not. infamia.* Hoc etiam notandum, partim hanc actionẽ esse ex iure ciuili, partim ex iure prętorio, & sic partim erit perpetua, partim annalis. Nunc videamus, quomodo agatur. Dixi supra, in actione ciuili is, qui iniuriam passus est, iniuriam suam æstimabit; nimirum ipsa verba seu facta iniuriosa, quæ illi illata sunt, proponet eamque iniuriam facta collatione diligẽti ex omnibus circumstantiis ita, vt dixi, æstimabit. Verbi gratia: *Dicit actor Titius, eo tempore & loco ita atque ita se indignis modis tractatum, eam iniuriã & contumeliam se æstimare pro 200. aureis.* Siue etiam sic dicit: *Se libentius in bonis suis damnum perpessurum fuisse aureorum 200. quàm talem contumeliam & ignominiam.* Atqui addunt Practici, hanc ipsam æstimationem debere cum iureiurando contestari; tuncq; fiet ita condemnatio. Sed hoc ampliùs, vt ibidem illi addunt, vt tamen adhuc Iudex adhibita ratione omni æqui & boni ex collatione circumstan-

cumstantiarum rem ipsam etiam æstimet. Atque huc putant quidam pertinere verba edicti apud Prætorem: prout quaque re erit, animaduertam *l. item apud §. ait Prætor D. 2. & §. quod ait Prætor D. eod.*

Ad criminale iudicium, siue ad criminalem actionem quod attinet, quæ non publici sed priuati est iudicii. *l. 7. C eod.* ea, in quâ, actio proponitur & petitur, vt reus legitimè puniatur. Et cum sic agitur, pœna est extraordinaria siue arbitraria, pro modo iniuriæ datæ. Docent autem Iurisconsulti, pœnam hanc extraordinariam exilium aut relegationem esse. In humilioribus, vt fustibus subiiciantur, serui flagellis cædantur. *l. pen. & vlt. D. eod.* Porrò hanc ipsam extraordinariam pœnam extendunt tamen pro qualitate facti ad mortis vsque pœnam. Ita gl. *in §. in summa. infra eod.* quam communiter ad hanc rem omnes laudant & citant. Quod ad famosos libellos attinet, vt supra indicauimus ex l. 12. tabul. fuit pœna capitalis. Sed Iurisconsulti dicunt, eum, qui ob famosum libellum condemnatus erit, lege intestabilem fieri *l. 5 § fin. hoc tit.* Quid sit (intestabilis) alibi diximus, nempè ad tit. *de testamentis.* & vide *l. ob carmen. D. de testib. l. cum lege. D de testamentis.* Verùm ex Constitut. recentioribus Valent. & Valentis iterũ capitale est suppliciũ. *l. vnic D. de fam. libell.* Quod tamen Accursio sic visum est recipiendum, vt, si, quod obiectum est alii in famoso isto scripto, capitale fuit, ita puniatur, vt sic ipse patiatur, quod alii creare voluit periculum. Et ita placuit Carolo V. *in constitut. pœnalibus art. 100.* Quod si obiicitur, quod non sit tale, extra ordinem punietur ex arbitrio iudicis. Ita in dd. locis & Iodocus Damhoud. *in praxi criminali capit. 126.* Dixi supra, eadem etiam pœna teneri eum, qui opem tulit, item qui inuentum non corrupit, sed patefecit. Verùm hic nolo quidem amare audaciam & petulantiam, sed fortè, ne inuentor durius plectatur, iterum dico, videndum, quo animo & quo consilio libellum repertum habuerit & non statim corruperit. Et pulchrè in iure Pontificio additur verbum (dolosè) *c. fin 5 quæst. 1.* Qui sint famosi libelli supra dixi. Et licet quidem nomen non adiectum dolum augeat, quo respicit etiam Carolus V. *in d. sua Constit.* tamen etsi auctor nomen adscripserit, si ad infamiam malo more scriptum sit, nec auctor se vt excusatorem offerat, scias nihilominus famosum libellum esse, de quo supra. Iam ampliùs leguntur etiam species & casus, qui certam hanc & expressam pœnam cõtinent, *vt in tit. lib. 2. feud. de pace tenenda & eius violat.* Nempè: *Si quis aliquem scopis & absque sanguinis effusione fustibus percusserit, vel crines eius aut barbam expilauerit, 10. libras ei, cui iniuria illata est, per compositionem impendat, & Iudici 20. libras persoluat.* Et iterum ibidem: *Si quis alium intra pacis edictum vulnerauerit, nisi quod in duello, & vitam suam defendendo hoc fecerit, manus ei amputetur.* Sed certum est, id edictum temporarium fuisse de pace stabilienda, & non puto ad præsentia negotia ita accommodari posse. Illud in hoc loco in vniuersum obseruetur, benè cẽsuisse Romanos, vt, cum pecuniaria est pœna, qui non habet in ære, luat in corpore, adeoque etiam, vt ea pœna extraordinaria Reipublicæ grauior sit in eos, qui pecuniariam pœnam contemnunt ob paupertatem. *l. si quis iniuriam 35 D. eod.* Ergo habes nunc de pœnis iniuriarũ, & qua ratione & ad quid vtraque actione iniuriarum agi possit. Integrum libellũ si videre cupis, habes apud Oldendorpium *in class.* & apud alios, item germanicè in processum Chiliani Goltstein. Vide etiam in processu Cameræ Imperialis D. Noe Meureri *parte 8.* Ergo his prolixè dictandis nõ immemor. In manibus omnium sunt isti libelli.

Sed nunc videamus breuiter de pœnis illis iuxta ius Saxon. Quomodo olim ex legibus 12. tabul. certæ fuerunt pœnæ iniuriarum., supra diximus, & non malè fortasse conueniebat, in iniurias certas esse pœnas pro qualitate facti, ne etiam læsus æstimando suam iniuriam excedat modũ & indulgeat

geat minus rectè affectib. In iure igitur Saxon. putantur certæ pœnæ esse receptæ; sed tamen (liceat interpreti dicere, quod res est) non satis rectè; nisi liceat interpretatione iuuare; & id faciemus; vos iudicate, an consentanea dicamus. Multa quidē in iure Saxon. de iniuriis & vulnerationib. scribūtur & disputantur; & variè quidē distinguūt inter iniurias, inter vulnera, inter ipsas personas. Sed summa omniū, vt breuiter dicā, huc creditur redire: Habere hoc ius pro qualibet iniuria pœnas certas pecuniarias, maximè si ciuiliter agatur, & plerunq; pœna est 30. solidorū, *lib.* 3. **Landrecht.** *art.* 45. Solidus grossus est, & 12. nummi, sed antiqui, & continet 16. denarios siue 9. nummos Misnicos. Notatur *lib.* 2. *art* 40. Faciūt itaq; 30. solidi grossæ nostræ monetæ 40. siue duas sexagenas antiquas, **zwey alt Schock**, vt vocant Saxones Sed notat gl. *in d. art.* 45. id pertinere ad iniurias leuiores, verbales. Nam alioquin obstat *art.* 16. *li.* 2. vbi ob enormes iniurias reales recipitur pœna dimidiati Wergeldii, siue **Wehrgelts.** Wergeldium efficit 18. libras denariorum. *d. art.* 45. Libra est 20. solidorum. Et per consequens facit Groff 26. & denarios 8 *d. art* 45. & sic Wergeldiū integrū continet sexagenas antiquas 24. Taleros 20. Illud etiā scias, cū hac pœna, quæ soluitur parti læsæ, soluendā etiam esse mulctā iudici, vide *lib* 1. *art.* 33. *&* *lib.* 3 *art.* 32. *&* 37. Et quidē mulcta est itidem solidorum 30. Nonnunquā tamen ob grauiores iniurias datur Iudici suprema mulcta, **die höchste Wette**, & sunt solidi 60. Et nunc dari notat hanc Chilian. König *in praxi.* vide *art.* 14. *lib.* 2. *&* *art.* 16. *li.* 2. vbi notatur. Et sic quidē agitur ciuiliter ob iniurias leuiores ex *d. art.* 45. *lib* 3 *&* *eiusdē art.* 37. ob grauiores & reales ex *articul.* 36. *lib.* 2. Porrò verò proponuntur & alii articuli, qui habēt pœnas non has pecuniarias, sed corporales, sanè pro modo facti *vt lib.* 1. *art.* 68. *&* *in d. art.* 37. *li.* 3. ait: *Qui aliū sine vulnere percusserit;* Ergo potest propter atrociores iniurias reales, & quę dolo & proposito factæ sunt, etiā aliter & ad grauiorem pœnam agi. Et in *d. art.* 16. scribitur: *Qui aliū mutilauerit, conuictus manū amittit.* Hæc sanè, vt cōtiliemus text. videtur referri ad criminalē actionē, & cū est atrocitas facti. Et ita etiā indicat & notat gl. *in d. art.* 68. *lib.* 1. Notat etiam pulchra glossa *lib.* 3. *art.* 6. Dicunt sanè, etiam cum criminaliter agitur, posse satisfieri pro vulneribus, quę non sunt truculēta, dimidiato Wergeldio. Sed hæc in text. istis non sunt, & omnino varii sunt DD. in respondendo. Aiunt æquiorē esse illā sententiam, nempe, vt puniatur arbitrio Iudicis secundum qualitatē facti. Fatetur Faccius *in suis diff. dist.* 67. & rursus Reinhard. *diff.* 116. vide etiam Chil. König. *c.* 58. itē Gl. *in d. art.* 68. *lib.* 1. Recitant etiā & ostendunt diuersitatē in ipsis rebus iudicatis, *vt in d. art.* 68 *&* *ibi gl.* Quicquid sit, illam sententiam, quā putant magis cōmunem, sequi tum, cum iniuria est atrox ex facto, i. e. ex ratione ipsius iniuriæ realis, & ex persona facientis, quia malitia quadam & dolo factū est, neq; æquum, neq; liberale est. An nō volumus diligentius cogitare, quid sit ius? Et nominatim excipit prædictus Reinhard. *diff.* 117. si dolo non factum sit, equidē ex iure cōmuni eum, qui animo non occidendi hominem vulnerauit, capite etiam puniri posse, constat. Et de hoc monet etiam pulchra glossa *in* 2. *tit. de pace tenenda.* *§. homicid.* Illud sanè etiam in foro Saxonico obtinere aiunt, vt cōcurrat cum actione iniuriarum actio illa legis Aquiliæ de damno; de qua supra, vbi citauimus *l. fi. de his qui deiecerūt.* & ita notatur *in d. art.* 16. Vide etiam pulchrum locū *ad fin lib.* 1. **Landrecht.** *c.* **von Buß der Wunden.** vbi deinceps citātur sententiæ **vnd Vrtheil.** Porrò de grauiori pœna eius, qui non habet in ære, notat etiam glos. Saxonica vel Saxonici iuris, *d. art.* 16. *&* *ibid. etiā de famosis libellis.* Hæc plurib. de iniuriis & iniuriarum pœnis, quod hisce controuersiis, iudiciis & actionib. nihil sit nunc frequentius. Scribit aut ē ICtus de quotidianis pleniùs. Dicerem tamen adhuc plura, nempe de pœna amputationis manus, quā alii dicunt.

&ictiu.

& scribunt aboleuisse; alii ostendunt exempla in rebus iudicatis, item de nullitate, vt sic dicam, & quidē modestiæ causa eius, quod notant & scribunt de cautione, quam præstare debet actor, petens pœnam amputationis manus, sed breuitas nostra pluribus de his dicere nunc non patitur.

§. 8. Sed & lex Cornelia, &c.

De iniuriis fuit lex antiqua 12. tabularum. Fuit & Prætoris edictum, item lex Cornelia ob certas causas, vide *h. l. 5. D. eod.*

§. 9. Atrox iniuria æstimatur, &c.

Iam vult ostendere, ex quibus circumstantiis crescant iniuriæ, & quando sit iniuria atrox, vel non? de quo vide *l. 7. §. fin. cum l. seq. & similes. D. eod.*

§. 10. In summa sciendum, &c.

Docet nunc id, quod supra diximus, pro quauis iniuria agi ciuiliter pariter & criminaliter. Obserua etiam hic, actionem iniuriarum ab illustribus personis etiam criminaliter per Procuratorem exerceri posse, vide *l. vlt. C. eod.*

§. 11. Non solum autem is, &c.

Vide *l. non solum 11. §. 1. D. eod.* & alibi diximus & docuimus, eum etiam teneri plerunque, qui ope & consilio adfuit delinqnenti.

§. 12. Hæc actio, &c.

Nunc quæritur, quando hæc actio aboleatur? Imprimis morte criminosi, vel etiam eius, qui iniuriam passus est, ante litis contestationem, cessat hæc actio, ne perueniat deinceps ad heredes *l. iniuriarum actio 13. D. eod.* Deinde etiam tempore perit ista actio, & præscribitur ei annali tempore. *l. si non conuitii. C eod.* An hoc ad actionem ex l. Cornelia, quæ ciuilis est, etiam pertineat, anxius quærunt. Videtur enim, quod oporteat esse perpetuam. Disputatur hoc *in gl. §. sed & lex Corn.* Sed annalem semper esse quibusdam visum est, & ita sentiunt omninò multi boni Practici, Ioan. Oldendorpius & alii. Videtur etiam probare Dn. Cuiacius; & omninò aiunt id obtinere iure Saxonico. Notauit Reinhardus *in d. ff. 90. per art. 31. lib. 3.* Landrecht. Chilian König *cap. 59.* variat. Iam ampliùs aboletur etiam hæc actio nuda pactione, transactione, item iureiurando. *l. non solum 11. l. lex Cornelia 5 §. hac lege. D. nostro tit. l. si tibi 11. §. quædam. D. de pactis.* Hoc ampliùs, aboletur iniuria hæc & actio non modo remissione siue cōdonatione per pactum & transactionem, verùm etiam, de quo hic scribitur, dissimulatione, idque ex *d. l non solum 11.* nimirum interest publicè, & hoc omninò etiam agendum & studendum est, vt hæ actiones facilè tollantur, vbi præsertim non de damno, sed tantū de iniuria agitur. Hic sanè, quisquis Christianus esse vult, odium & rancorem, vt vocant, remittere debet, & tunc tamen agere potest. Nam sic agens Deo dat vindictam, & petit defensionem virtutum & executionem honestarum legum, vide *c. & qui emendat. distinct. 45. & c. si quis contristatus. & ibi. gl. pulchra. distin. 90.* & tamen adhuc odiosæ sunt istæ actiones ex mera iniuria, vt omninò hoc agendum sit, vt pereant & conticescant hæ actiones. Et hinc sunt illa, quæ proponuntur & ampliùs disputantur in glos. Sed nunc videamus, quid sit dissimulare iniuriam & quando dissimulando aboleatur. Dissimulare iniuriam dicitur, qui statim, vt passus est iniuriam, ad animum eam non reuocauerit. Is enim remisisse iniuriam videtur. Atqui remissam semel iniuriam repetere non oportet. Quæritur ampliùs, quid sit ad animum reuocare? Et Accursius benè tradit, non esse necessum vti hac protestatione: *Ad animum reuoco*, sed ad animum reuocare est ægrè ferre, & aliquibus saltem indiciis ostendere, se eā contumeliā pro iniuria, & nequaquam bono animo accipere, se non cōdonare, non remittere. Vbi notandum est, iniuriam non fieri

fieri volenti *c. scienti & volenti. de reg. iur. in 6.* Accursius dicit, si cum iniuriatore familiariter iniuriatus vixit in conuiuio, salutatione, iniuriam esse remissam, quasi tacita dissimulatione. Sed qui æquitatem eruditius examinant, censent rectius, id intelligendum, si tale quid voluntario omninò motu fecerit. Vide Pettinum Bellum *in tractatu de bello, parte 10. num. 124.* Quod ad postremam Accursii quæstionem attinet, tunc die ex iis fontibus, quos iam indicauimus, interesse, quando sit facta remissio ab ægro, vel in mortis articulo constituto

DE OBLIGATIONIBVS QVÆ EX QVASI DELICTO NASCVNTVR.

TITVLVS V.



I Iudex litem suam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & vtique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quãtum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur, pœnam sustinebit.

§. 2. Item is, ex cuius cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum effusumuè aliquid est, ita vt alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autẽ non propriè ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut serui, aut liberi.

§. 3. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgò iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest (si ceciderit) alicui nocere, quo casu pœna decem aureorum cõstituta est. De eo verò, quod deiectum effusumuè est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò viuat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum Iudici videtur, actio datur. Iudex enim computare debet mercedes Medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt, præterea operas, quibus caruit, aut cariturus est, ob id, quòd inutilis est factus.

§ 4. Si filiusfamiliâs scorsum à patre habitauerit, & quid ex cœnaculo eius deiectũ effusumuè fuerit, siue quid positum suspensumuè habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamiliâs Iudice obseruandum est, qui litem suam fecerit.

§. 5. Item exercitor nauis, aut cauponæ, aut stabuli de dolo, aut furto, quod in naui, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur,

si modò ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera nauem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cùm enim, neque ex maleficio, neque ex contractu sit aduersus eum constituta hîc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quòd opera malorum hominum vteretur, ideò quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredi quidem datur, aduersus heredem autem non competit.

COMMENTARII.

PROPONIT nunc exempla & species, ex quibus actio pœnalis est eius, qui dolo nõ peccauit, sed saltem culpa aliqua, ex qua separata sunt edicta, veluti de iudice, qui imperitia malè iudicauit; de eo, ex cuius domo quid effusum vel deiectum erit, quod alteri damnum adferre potest; de eo, qui quid suspensum habet, quod potest cadere & nocere; item de culpa eorum, ex quorum naui, caupona aut stabulo, quid subtractum & ablatum erit. De quibus ordine.

§ 1. Si Iudex litem suam fecerit, &c.

Primus locus, ex quo vindicatur imperitia eorum, qui in iure dicendo versantur, vt supra ad l. Aquil. de imperitia Medici dicebatur. Et eadem vtrobique est ratio, quod non debet quis, quod non benè didicit, cum alieno periculo affectare. Sed tamen haud eadem est executio, cuius nescio an alia sit causa, quàm id malum, quo mulctant nos interpretes varii iuris. Sed tamen videbimus rem ipsam. Supra dicebam *tit. præcedenti.* cum Iudex non iure contra quem pronunciat, iniuriam istum accipere. Nunc hoc loco docet, Iudicem malè in causa iudicantem, etsi imperitia, litem suam facere, & hoc nomine pœnali iudicio in tantum teneri parti læsæ, in quantum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur. Litem suam dicitur facere, quod malè iudicando alienam in se conuertit. Quod si dolo malo iudicetur, res ea expeditiorem habet executionem & seueriorem quoque pœnam. Et scribit ICtus eum iudicem veram litis æstimationem præstare oportere. *l. filiusfamil. 15. D. de iudiciis.* Porrò dolo facit multis modis; si euidens arguatur vel gratia, vel inimicitia, vel sordes, vt quod pecunia patiatur se corrumpi. *d. l. filiusfamilias.* Sunt & aliæ pœnæ huius Iudicis pro qualitate facti. Et pertinet huc etiam is, qui negligit ius reddere, cum hoc nomine aditus & rogatus est, & id ad ipsum pertineat. Et non modò ciuiliter & pecuniariè, sed & ex crimine teneri & conueniri potest. Vide *l. 4. § in eum. D. de damno infecto. item titul. de pœna iudicis, qui male iudicauit. in C. item l. vlt. C ne sacrosanctum baptis. iteretur. l. antepen. C. ad l. Iul. de vi publ. l. 3. & 4. D. ad l. Iul. repetundarum & Nouel 86.* Vide etiam Chilianum König. *in praxi c. 2 n. 36. cum seqq. & c. 3. n. 3.*

§. 2. Item is ex cuius cœnaculo, &c.

Sic scribit Vlpianus: *Publicè vtile esse sine metu & periculo per itinera cõmeare.* vide *l. 1. D. de his qui deiecerunt, &c.* Cauit igitur prætor, ne aliquid effũderetur siue eiiceretur, quod alicui nocere possit, eo loco in ciuitatibus, vel vicis, per quem quis ire ambulareuè consueuisset. Quod si contra edictum factum & alicui nocitum sit, actionem dat. Et hoc sanè ita intelligendum est, vt contra eũ, qui ipse læsit dolo vel culpa, quisquis is sit, sit actio ex superioribus locis siue titulis & edictis, puta lege Aquilia, iniuriarũ, vide Fabrum. Verùm in tam dubio & captioso damno, vbi penè impossibile est semper scire, quis deiecerit, melius & tutius visum est, quærere auctorem & dominum habitationis, qui sciri semper potest. Ergo in eum prætor hanc actionem

nem proposuit, nimirum actionem in factum, quæ datur ad hoc, puta ad duplum eius, quod ita in rebus nostris damnum datum est. Ob liberum hominem ex ea deiectione occisum 50. aureorũ pœna est. Quod si non sit occisus, sed aliàs ei nocitum sit, puta vulneratus sit, vel mutilatus, aut sit membrum ruptum, os fractũ, scribit prætor, quãtum ob eam rem æquum iudici videbitur, in tantum eum condemnandum. *l. 1. §. 1. D. eod.* Docet autem Caius *in l. fin.* debere hic Iudicem cõputare mercedes præstitas Medicis, cætera impendia etiam, quæ in curatione facta sunt, præterea operas, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis est factus Et hanc *l. 5 tit. præced.* laudauimus. Ergò in hac actione condemnetur, qui inhabitat, non dominus ędium, vt ait Vlpianus. Inhabitatione autem ostendit, qui quocunq; modo inhabitat, siue propria sit domus, siue conducta. vide *l. 1. §. hac in factum actio & §. habitare. D eod.* Verùm quænam erit isthæc obligatio, vt qui ipse non deiecit ita teneatur? Ex quasi delicto, inquit, propter culpam tenetur. At quæ est ista culpa? Animaduertẽdũ est primo, Reip. commodo id fieri, vt nẽpe homini lęso magis cõsulatur, ostẽso certo auctore. Sed & negligentia inhabitatoris q̃dã accusari potest, ꝙ non satis curat aut cauet, ne quid ex eo loco, vbi ipse est, vel imperare pōt & debet, deiiceretur; neq; satis prouideat, quos & quales cõtubernales recipiat. Leuis hæc culpa. Sed iterum securitatẽ prætor tueri voluit; & Syracid. monuit: *Ne quemuis hominẽ recipiamus in domum nostram.* Ergò vt hoc breuiter dicam, præstat hic habitator suam & suorum culpam. *d. l. pen.* Quod si culpa nulla sit, cessat edictum & actio. Et sic responsum est, si in suo loco secreto, & quo siue per quem iter fieri non solet, aliquid deiectum vel effusum sit, non esse locum edicto *l. 1. §. in summa. d. tit.* Est & alia exceptio, si præter morẽ seu malo more noctu quis vagetur, ibiq; damnum tale datum sit vide Ioan. Oldendorp. *in praxi Class. 6. act. 20.*

§. 3. Cui similis est is, &c.

Fuit & aliud edictũ prętoris, quod eodem pertinet, sed alia ex causa, nimirũ illud superius edictum factis damnis in itinere, siue in ciuitatibus, seu vicis consulit; hoc futuris damnis occurrit. Et scribit Vlpian. portionem esse superioris edicti. Cauetur autem in summa, ne quis quid in prominentibus partibus domus appositum vel suspensum habeat, eo loco, vbi iter fieri solet, cuius casus procliuis sit, & alteri nocere possit. Nã si quid habeat, actio in factum cuiuis è populo contra eum datur in 10. aureos. Est igitur ea actio popularis; quia omnibus iter est, vt præuertatur periculosus casus, ne noceat. Emolumentũ aũt huius actionis ad eũ pertinet, qui primus cœperit agere. vide *l. si vero 5. §. prat ait D. d. tit. de his qui deiecerint.* & Oldend *prædict. loco.*

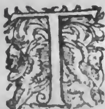
§. 5. Item exercitor nauis, &c.

Nunc proponit Iustinian actiones aduersus nautas, caupones & stabularios, ob damnum in naui, in stabulo, in caupona datum. Et, vt quàm breuissimè dicam, & ostendam, vbi, quando, aduersus quos, & ad quid actio ista locũ habeat, sic habeto. Imprimis si ipse, puta, nauta, caupo, &c. damnum dederit furto, vel alio modo, agendum erit ordinariis actionibus, furti, iniuriarum, &c. Sed ob damna, quę non per ipsos, sed tamẽ apud ipsos inferũtur, triplex reperitur edictũ. Vnum *lib. Pandect. 47. tit. 5.* Furti aduersus nautas, caupones, & stabularios, idq; ex quasi quodam delicto pœnali, actione in duplum. Alterum *li. Pandect. 4 ti 9* Nautę, caupones, stabularii, vt recepta restituãt, *vt ib. in l 1. & seq.* idq; potius ex quasi quodã contractu. Vnde rei persecutoria actio est in simplum. Tertiũ etiam *ex eod tit. 9. lib. 4. l pen. & vlt.* idq; ẽt ex quasi delicto in duplum. Nautam accipere debemus eum, qui nauem exercet; vt caupones & stabularios eos, qui cauponariam vel stabulum exercent; & sic videtur hic dicere exercitorem ab exercendo. Itaq; hæc actio in exercitorem nauis, cauponæ vel stabuli datur. Et datur aduersus hoc non ex ipsorũ delicto vel

contractu, quo casu sunt ciuiles & ordinariæ actiones Furti, Depositi, Commodati, &c. & vide *l. 3. D. d. titul nautæ, caupones, &c.* sed ex quasi cõtractu & quasi delicto. Nam primo, quod necessitas nos coëgit ad eiusmodi homines sæpè prorsus ignotos diuertere, quasi negotium cum iis contrahere videamur, vt nos & res nostras recipiant, curent, tueantur & custodiant. Deinde etiam, quia ita, vt dico, peregrinantibus horum hominum officium perquàm est necessariũ, & necessum est nos eorum fidem sequi, conueniebat eos attentiùs attendere, quibus vtãtur famulis & ministris, hominibus exploratæ fidei & probitatis; ipsi verò ecõtra habeant ferè familiam impurioris notæ. Ideóque sanè, si quid apud ipsos damni per hos nobis accidit, ipsi quasi deliquisse videntur. Ergò nunc distingue casus. Propter furtum saltem apud istos per familiam ipsorum nobis factum actio in duplum aduersus nautas ipsos, & caupones, datur, *d. l. vn D. Furti aduersus nautas, &c.* Ob aliud etiam damnum, sed ab iisdem illis apud nautas & caupones datum, siue per furtum, siue alio modo, actio itidem in duplum datur. Sed ea actione non conuenietur caupo nomine aliorum, puta, viatorum, quod eos non possit deligere, vt ministros, *d. l. vnica, & d. l. pen & vlt.* Tertio ergo horum tamen nomine ob damnum ab iis datum conuenietur actione rei persecutoria in simplum ex quasi contractu, quæ dicitur actio de recepto. Itaque hæc actio generalior est quàm illæ superiores, cum locum habeat, siue à familia cauponis, siue ab aliis hospitibus sit datum damnum. Illud nota, si prædixerit caupo, vt quisq; res suas seruet, nec se damnum præstaturum, & ad hoc consenserint viatores, non teneri cauponem. *ex dict. leg. vltim. &c.*

QVIBVS MODIS TOLLITVR OBLIGATIO.

TITVLVS VI. Vulgò finalis libri tertii.



Ollitur autem omnis obligatio solutione eius, quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio soluerit. Nec interest, quis soluat, vtrùm ipse qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio soluente, siue sciente, siue ignorante debitore, vel inuito eo solutio fiat.

§. 2. Item si reus soluerit, etiã ii, qui pro eo interuenerũt, liberantur. Idem ex contrario cõtingit, si fideiussor soluerit; non. n. ipse solus liberatur, sed ẽt reus.

§. 3. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, vt patiatur hæc verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesnè acceptum?* & Titius respondeat, *habeo.* Sed & Græcè potest acceptilatio fieri, dummodo sic fiat, vt Latinis verbis solet exigi, ἔχεις λαϐὼν δηνάρια τόσα? ἔχω λαϐών. Quo genere (vt diximus) tantùm eæ soluuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, nõ etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationẽ aliis posse verbis dissolui. Sed & id, quod alia

alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolui. Sicut autem quod debetur pro parte rectè soluitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

§. 4. Est autē prodita stipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit vt omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renouat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est. Quicquid te mihi ex quacunq; causa dare, facere oportet, oportebituè, præsens in diemvè, aut sub conditione, quarumcunq; rerum mihi tecum actio est, quæq; aduersus te petitio, vel aduersus te persecutio est erituè, quoduè tu meum habes, tenes, possides, doloue malo fecisti, quo minùs possideas, quanti quæq; earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopōdit Numerius Nigidius. [quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetnè à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogauit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.]

§. 5. Præterea nouatione tollitur obligatio, veluti si id, quod tibi Seius debebat, à Titio *dari stipulatus sis*. Nam interuentu nouæ personæ noua nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem, adeò vt interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur, veluti si id, ꝙ tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit; quo casu res amittitur. Nā & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est.

§. 6. Non idem iuris est, si à seruo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit, fortè si cōditio, aut dies, aut fideiussor adiiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adiiciatur, nouationem fieri, sic intelligi oportet, vt ita dicamus factam nouationem, si conditio extiterit, alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cùm hoc quidem inter veteres cōstabat, tunc fieri nouationem, cùm nouandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando nouandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissimè definiuit, [tunc solùm nouationem prioris obligationis fieri] quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter nouationem prioris obligationis conuenerunt, alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, vt maneat ex vtraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertiùs cognoscere.

§. 7. Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissoluuntur. Nam si Titius & Seius inter se consenserint, vt fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureis, deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, vt discederetur ab ea emptione, & venditione, inuicem liberantur. Idem est in conductione, & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.

COMMENTARII.

POSTQVAM huc vsq; exposuit quid & quàm varia sit obligatio, siue quàm variè contrahatur, vult nunc docere, quando & quibus modis obligatio semel contracta iure hoc Romano tollatur & dissoluatur, ita vt ab eo vinculo liberemur; siquidem vinculum est obligatio, nempe iuris vinculũ. Atq; hic imprimis sciẽdum est, solui siue tolli obligationem duplici via & modo, ipso iure, & nõ ipso iure, verum ope & auxilio exceptionis. Ipso iure tollitur obligatio, vt nullũ vinculũ restet, vnde actio dari vel impetrari possit, de quo *isto tit lib. 3.* agitur. Ope aũt vel auxilio exceptionis quando tollatur obligatio, audiemus *hoc lib. 4. tit. de except.* Et ipso quidẽ iure tollitur præcipuè his quatuor modis; solutione eius, quod debetur, acceptilatione, nouatione, contraria voluntate. Sunt & alii nonnulli modi, qui debitorẽ liberant ab obligatione, de quibus ad finem breuiter monebo. Illud dubitatur, cũ hic tit. positus sit ad fin. *lib. 3.* & tũ restẽt adhuc aliæ obligationes, quę proponuntur in initio *lib. 4.* anne & illæ obligationes dissoluantur his modis? Et sanè res ipsa docet, ita quoq; dissolui. Voluerunt igitur nonnulli hunc titulum hoc loco collocandum esse.

§. 1. Tollitur autem omnis obligatio, &c.

Primus hic modus est & pręcipuus, & maximè principalis, de quo *D. tit. de solut.* Regula est: *Omnis obligatio tollitur siue soluitur solutione eius, quod debetur.* vbi obserua verbũ solutionis ambiguum. Obserua etiã aliud esse soluere, quod debetur, aliud satisfacere. *l. satisfactio. & l. solutionis verbum. D. eod. l. solutionis verbum. D. de verb. sig. l. 9. §. omnis. D. de pig. act.* Sed ad regulam. *Omnis*, inquit, *obligatio*, nempe cuiuscunq; sit generis, qualitercunq; contracta ex contractu vel quasi contractu, re, verbis, literis, cõsensu, imò verò dũ soluit reus ꝙ debet, tollantur simul obligationes accessoriæ, puta pignora, fideiussiones, &c. *l. in omnib. D. de solutionib.* Sed quid de obligationibus descendentibus ex delicto vel quasi, veluti furto, rapina, iniuria, &c? Equidẽ & has solui solutione eius, quod debetur, certũ est. Vbi enim fur duplum aut quadruplũ soluit parti læsæ, soluta est obligatio, qua parti læsæ obstringebatur. Sic ẽ: dic de aliis. Hic ẽt illud notandũ, quod vsitate solet dici: *Lex obligat aut ad obedientiam, aut ad pœnam.* ita in *l. diuus 7. D. de iure patronatus.* Et sic sanè verũ est, solutione eius, quod debetur, dissolui omnẽ obligationem. Et quod ait *solutione eius, quod debetur*, intellige qualecunq; illud sit, quod debetur, res, pecunia, factũ, pœna, &c. Ita ẽt dicit Saxo: Wer einen mit Recht getödtet/der gibt ferders keine wett *li. 1. Landtrecht/ art 53. & lib. 2. art 31. vbi glossa.* Sed pergo in examine regulæ: *Solutione*, inquit, *eius, quod debetur.* Ergò, vt contingat liberatio, soluendum est id, quod debetur, nõ aliud. Quid aũt ex singulis contractib. & negotiis debeatur, antea audiuimus. Et cõstat ẽt ex quibusdam contractibus genus deberi, ex aliis speciem. Et genus debetur, veluti, ex mutuo; & debetur hic idẽ veluti in eadem bonitate, in mẽsura, põdere, numero. Species debetur veluti ex commodato, deposito, pignore, &c. Ergò inuito creditori non licet aliud pro alio soluere.

nere. vide *l. manifestè. C. de solut. l. 2. D. de reb. creditis.* Amplius videndũ etiam, quis soluat, & cui soluatur. Nam, vt aliud pro alio soluere non licet inuito, sic nec alii soluere, quam cui debet, nisi is, vt alii etiã soluatur, permittat. Nam alii soluens, creditore inuito, à creditore tñ ab hoc non liberatur. vide *l. soluere. D. de solut. l. soluendo. D. de negotiis gestis. cum similib.* Quis aũt soluat vero creditori, vt liberetur is, qui debet, nihil interest. Nam & si alius pro alio soluat, etiã eo inuito & ignorante, cõtingit hęc, de qua loquor, liberatio. Et hæc non solum eò pertinent, vt fideiussor solués pro reo reum à principali obligatione liberet, vt infra & de hoc tit. *de fideiuss.* diximus; sed & vt, si ego tibi debeam 20. & alius, id est, Titius mihi itidem 20. si Titius tibi soluat 20. me liberauerit. Sed tñ hinc emanat alia quæstio, vtrũ à me etiam, q ita soluit, liberetur? Et de hoc iã monuimus, nõ liberari, si sanè isto inuito soluerit. Sed & si ipso ignorãte & sine mãdato soluerit, idẽ iuris est; nisi fortasse is sit casus, quo de negotiorũ gestorũ iudic. disputari possit, de quo suo lo. audiuimus. Hęc igitur de solutione & primo modo.

§. 3. Item per acceptilationem, &c.

Secundus modus tollendæ obligationis per acceptilationem; sic dictã ab acceptum facere, habere. De quo verbo multa Adrianus Cardinalis. Et fit per mutuam interrogationem & stipulationẽ; veluti, *quod ego tibi debeo, hoc ne acceptum habes? Habeo.* Ea est imaginaria & ciuilis solutio, siue respectu superioris, quæ est vera & naturalis solutio *l. pen. D. de solut.* Et sic acceptilatio est quasi quædam solutio & remissio quædam loco solutionis, quale quid etiã factum est, & nudum pactum de non petendo. Sed hoc non potest omninò & ipso iure tollere obligationem, vt fit per acceptilationem. Porrò iam quæritur, quas obligationes acceptilatio hęc tollere possit? Non sanè omnes, ita vt fit vera solutione. Sed quomodo vnumquodq; colligatum est, ita dissolui etiam debet. *l. prout 80. D. de solut. l. nihil tam naturale. D. de regul. iur.* Accidit igitur, vt acceptilatio cũ verbis fiat, solum verborũ obligationes dissoluat, alias obligationes dissoluere per se non possit. Veruntamẽ in hunc vsum deinceps prodita est Aquiliana stipulatio, de qua *in l. 2. 4. & 5 D. de transf. & l. 18 D. de accept.* nimirum Gallus Aquil. formulã prodidit, qua possit fieri, vt omnis obligatio ꝑ acceptilationem et tolleretur, hoc modo, vt prius fieret transfusio & nouatio qdam obligationis in aliam obligationẽ, puta verborum, & sic postea, ꝙ verbis colligatum reperitur, verbis dissoluatur, hoc modo: *Quod mihi ex mutuo debes, id dare promittis? Promitto.* Iã dicat alter: *Quod tibi promisi & debeo, id ne acceptũ habes? Habeo.* Porrò huius Aquilianæ stipulationis formulam verbis latissimè patentibus cõcepit, vt ostendat nullũ genus obligation. esse ex cõtractu & delicto vel quasi. Imò etsi in rẽ petitio sit, vel alia extraordinaria persecutio, quæ non possit ita transformari & deinde perimi. Et singula verba excutiũt glossæ & interpretes.

§. 5. Præterea nouatione, &c.

Sequitur nouatio; de qua *D. de nouationib. & delegationib.* Eã definit Vlp. prioris debiti in aliã obligationẽ, vel ciuilẽ vel naturalem transfusionẽ atq; translationẽ. Hic est cũ ex ꝑcedenti causa ita noua cõstituitur, vt prior perimatur. Nouatio. n. à nouo nomẽ accepit & à noua obligation. *ita in l. 1. D. eo.* Itaq; nouatio nõ ita tollit obligation, vt postea nulla sit, sed ex alia obligatione facit aliã nouam, q̃ ante nõ fuit; idq; ex ꝑcedenti causa, id est, ita tollitur prior, vt ex ea resuscitetur noua; & id fit ꝑ stipulationẽ. *l. 1. C. eod.* Finis aũt est, quia forte pro alio aliũ debitorẽ habere, & accipere cupio; aut ex alia obligatione aliam firmiorẽ constituere volo; vel deniq; priori obligationi aliquid addi vel detrahi volo. Itaq; tres species sunt nouationis. Prima cũ persona mutatur, quæ nouatio est vsitata in delegationibus, vbi debitor vice sua debitorem suum creditori suo substituit. de quo vide *l. 11. D de nouat. l. 1. & 2. C. eod. l. 18. D. de fideiuss.* Secunda species est, cum alterius generis obligatio

ligatio transfertur in verborum obligationem, *vt supr. §. praced.* Tertia, cum verborum obligatio in aliam formam verborum obligationis commutatur. *l. 1. & 2. D. eod.* Et hæc de definitione & diuisione. Effectus est, vt dixi, quod hoc modo tollitur prior obligatio. Et sciendum non modò tolli ita obligationem principalem, sed simul cum ea tolli accessiones, nempe pignora, fideiussiones. *l quotiens l si Stichum. l si creditor. l. nouatione. l emptor. D eod & l. nouatione C. de fideiuss.* Sed hoc tamen ita, si in nouatione ista non repetantur & veluti excipiantur. *l solutum. §. 1. D. de pig. act. & d. l. nouation. C.* Et quia res tanti effectus, videndum est diligenter, an sit facta nouatio. Quæsitū enim est, an statim sit nouatio, si quid additum vel detractū sit? Quid si debitor à creditore impetrauit prorogationem termini dati ad soluendum, anne facta dicetur nouatio, vt ideo possint fideiussores prætendere liberationem? Et apparet homines hic captare occasionem fraudum. Dixerunt igitur veteres, nouationem ita demum fieri, si hoc actum sit vt nouatio fieret. *l. 2. 6. 7. & 8. D. eod.* Sed tamen ex hoc adhuc existebat quæstio, an hoc actū esset, aut an animus nouandi adesset? Itaq; Iustinian. noua lege constituit, tunc demum nouationē fieri, cum specialiter exprimitur hoc agi, vt nouatio fiat. Probabilius enim est, stipulatorē noluisse temerè à priori obligatione recedere, & accessiones eius obligationis deserere, sed voluisse alia etiam adiicere. Quid igitur, cū aliquid postea mutatur & adiicitur? Vult Iustinian. duas esse obligationes, quasi posteriori aliquid adiiceretur, quod non satis cautum ac firmum erat. vide *l. fin. C. eo. tit. de Nouat. item l. 2 & quæ ibi notantur. D. eod.* Et hæc de nouatione voluntaria, quæ fit voluntate contrahentium per stipulationē. De necessaria, quæ fit per litis contestation. hîc non agimus. Vide *l. 29. D eod. item gl. in l. 1. C. de iudiciis.* Porrò quærit etiā hîc textus, quarum rerum vel obligationum possit esse nouatio? Et respōdetur omnium omninò, modò sequens obligatio sit aliqua, id est, aliquo modo subsistat. Et hinc sunt species & exempla de seruo, item pupillo. Vide *l 1. D. eo. l. si persona. §. 4. D. de pact.* Hinc illud vulgatum: *Obligatio naturalis licet ad agendum non valet; valet tamen ad nouandum.* Quod scribitur *in vers quod autem.* id nota.

§. 7. Hoc amplius, &c.

Nunc de quarto modo. Quod *consensu contractū est, contrario consensu,* id est, dissensu partium, *dissolui potest.* iuxta *d l. prout. de solut. & l. nihil tam natural. de reg. iur.* Quod dicimus, *consensu contractum,* id intellige solo cōsensu, de quibus obligationibus & contractibus dictum est *lib 3. ad tit. de oblig. ex consensu.* Alioquin & alia quædā consensu cōtrahuntur, sed tamen nō possunt postea dissensu partium dissolui, vt Matrimoniū, de quo *lib 1.* Quod dicimus, *solo dissensu dissolui,* intellige si nihil aliud cōtractum secutū sit. Alioquin si emptū est, & pretium etiā solutum, dissensu id deinceps solo non dissoluitur, sed ita, si omnia etiam retrò tradantur. *l. 2. D. de rescin. vend. l ad emptor. D. de pact. l. 1. C. quād. lo ab emptore discedere liceat.* Ergò q̄ consensu contractum est, *rebus integris solo dissensu solui potest.* Et hęc huc vsq;. Liberari debitor à creditore potest aliter, vt de exceptionib. supra monui, de quib. hîc non ago. Et huc propriè pertinet cōpensatio, item p̄scriptio tēporis. Verùm quoad hūc locū, est & oblatio debiti, pecuniæ consignatio & depositio, quę pro solutione est, & ipso iure liberat debitorem. Vide *l. obsignat. C. de solut. & sim.* Confusione itidē interit obligatio, vt si debitor creditori heres existat, vel contra *l si debitor 2. D. de fideiuss.* Facit & delictū quoddā creditoris, veluti vis, vt ab obligation. actioneq; solutus sit debitor. de quo *in l. extat. D. quod metus causa.* & dixi *ad tit. huius lib 2.* Nonnunquam etiam interitus rei, quæ debetur, liberat debitorem. *l. si ex legat. D. de verb. obl l pen. D. de solut.* & audiuimus ad locum *de commodato.* & ad tit. *de emptione. § cum autem.* His igitur modis soluuntur obligationes.

DE ACTIONIBVS.

TITVLVS VII. alias VI.


Vperest, vt de Actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quàm ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

§. 2. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosuè de quacunque re quæritur, summa diuisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit vnusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit aduersarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, mouet tamen alicui de aliqua re controuersiam; quo casu proditæ actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum eius se esse dicat. Nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

§. 3. Æquè si agat quis, ius sibi esse fundo fortè, vel ædibus vtendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Eiusdem generis est actio de iure prædiorum vrbanorum, veluti si quis agat, ius sibi esse altiùs ædes suas tollendi, prospiciendiuè, vel proiiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contrà quoque de vsufructu, & de seruitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum vrbanorum, inuicem quoque proditæ sunt actiones, vt si quis intendat ius non esse aduersario vtendi fruendi, eundi agendi, aquamuè ducendi, item altiùs tollendi, prospiciendiuè, vel proiiciendi immittendiuè, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negatiuæ. Quod genus actionis in controuersiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet, ei verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sanè vno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs apparebit.

§. 4. Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & ciuilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem, quàm in personam, quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere; vt ecce, plerumque ita permittit Prætor in rem agere, vt vel actor dicat, se quasi vsucepisse, quod non vsuceperit, vel ex diuerso possessor dicat, aduersarium suum non vsucepisse, quod vsuceperit.

§. 5. Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa

emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directã actionem ad eam persequẽdam, quippe ita proditæ sunt iure ciuili actiones, vt quis dominium suum vindicet. Sed quia sanè durum erat, eo casu deficere actionem inuenta est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionẽ amisit, eam rem se vsucepisse, quã vsu non cepit, & ita vindicat suã esse, quæ actio Publiciana appellatur, quoniã primũ à Publicio Prętore in edicto ꝓposita est.

§. 6. Rursus ex diuerso, si quis, cùm Reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem eius qui in ciuitate esset, vsuceperit, permittitur domino, si possessor Reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa vsucapione eam petere, id est, ita petere, vt dicat, possessorem vsu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus Prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

§. 7. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius à creditoribus possessis, ex sententia Præsidis permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, ob id in bonis debitoris mansisse.

§. 8. Item Seruiana, & quasi Seruiana (quæ etiam Hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris iurisdictione, substantiam capiunt. Seruiana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei teneantur. Quasi Seruiana autem est, qua creditores pignora hypothecasuè persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem & debitorem conuenerit, vt sit pro debito obligata, vtraque hac appellatione continetur, sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conuentione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

§. 9. In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet Prætor, veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia; sed ex nostra constitutione (cùm & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi superuacua iussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item Prætor proposuit actionem de peculio seruorum, filiorumque familiarum, & eam, ex qua quæritur, an actor iurauerit, & alias complures.

§. 10. De constituta autem pecunia cùm omnibus agitur, quicunq; vel pro se, vel

se, vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, iure ciuili tenentur.

§. 11. Actiones autem de peculio ideò aduersus patrem dominumuè comparauit Prætor, quia licet ex contractu filiorum seruorumuè ipso iure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum, filiarumque, item seruorum) condemnari eos.

§. 12. Item si quis postulante aduersario, iurauerit deberi sibi pecuniã, quam peteret, neq; ei soluatur, iustissimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an iurauerit.

§. 13. Pœnales quoque actiones Prętor penè multas ex sua iurisdictione introduxit, veluti aduersus eum, qui quid ex albo eius corrupisset, & in eum, qui patronum vel parentem in ius vocasset, cùm id non impetrasset; item aduersus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocaretur, cuiusuè dolo alius exemerit, & alias innumerabiles.

§. 14. Præiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quęritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel seruus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus ferè vna illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit; cæteræ ex ipsius Prætoris iurisdictione substantiam capiunt.

§. 15. Sic itaq; discretis actionibus certum est, non posse actorẽ suam rẽ ita ab aliquo petere, si apparet eũ dare oportere. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet, scil. quia dari cuiquam id intelligitur, ꝙ ita datur, vt eius fiat. Nec res, quæ iã actoris est, magis eius fieri potest. Planè odio furum, quo magis plurib. actionib. teneantur, effectũ est, vt extra pœnã dupli aut quadrupli, rei recipiẽdæ nomine fures ẽt hac actione teneãtur, si appareat eos dare oportere, quamuis sit aduersus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

§. 16. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes, in personam verò actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur condictiones. Condicere enim est denunciare prisca lingua, nunc verò abusiuè dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.

§. 17. Sequens illa diuisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mistæ sunt.

§. 18. Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verò actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videtur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Planè si

depositi agatur eo nomine, quòd tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem Prætor reddit, si modò cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede eius de dolo ipsius agitur, quo casu mista est actio.

§. 19. Ex maleficiis verò proditæ actiones, aliæ tantùm pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam pœnæ quàm rei persequendæ, & ob id mistæ sunt. Pœnam tantùm persequitur quis actione furti. Siue enim manifesti agatur, quadrupli, siue non manifesti, dupli, de sola pœna agitur. Nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, siue fur ipse eam rem possideat, siue alius quilibet. Eo amplius aduersus furem etiam condictio est rei. Vi autem bonorum raptorum actio mista est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno iniuria dato mista est, non solùm si aduersus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat, veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit. Tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum iam traditam diuisionem. Item mista est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint, vsque adeò vt etiam in iudicium vocarentur: tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantùm pro pœna, & ideò in duplum eius fit condemnatio.

§. 20. Quædam actiones mistam causam obtinere videntur, tam in rem, quàm in personam, qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de diuidenda hereditate. Item cõmuni diuidundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, vt id diuidatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur Iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare, &, si vnius pars prægrauari videbitur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnare.

§. 21. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. Vlterius autem nulla actio extenditur. In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quàmplurimis causis. In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni iniuriæ ex lege Aquilia, depositi, ex quibusdam causis. Item serui corrupti, quæ competit in eum, cuius hortatu, consilioué seruus alienus fugerit, aut contumax aduersus dominum factus sit, aut luxuriosè viuere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus.

ctus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo seruus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundùm ea quæ suprà diximus.

§. 22. Tripli verò agimus, cùm quidam maiorem vera æstimatione quantitatem in libello conuentionis inserunt, vt ex hac causa viatores, id est, executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent: tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur, vt in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, [quam proculdubio certum est ex lege condictitia emanare.

§. 23. Quadrupli [autem agitur] veluti furti manifesti, item de eo, quod metus causa factum sit, deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, vt is, cui datur calumniæ causa, negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quidquam exegerint.

§. 24. Sed furti quidem nec manifesti actio, & serui corrupti, à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quòd hæ actiones omnimodo dupli sunt; at illæ, [id est, damni iniuriæ, ex lege Aquilia, & interdum depositi] inficiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solùm inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem vsque quo iussu magistratuum [nostrorum] conueniatur. In confitentem verò antè, quàm iussu magistratuum conueniatur, soluentem simpli redditur.

§. 25. Item actio de eo, quod metus causa factum sit, à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quòd eius natura tacitè continetur, vt qui Iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absoluatur; quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodò quisque in quadruplum condemnatur, quod est & in furti manifesti actione.

§ 26. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt; quædam stricti iuris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscũdæ, communi diuidundo, præscriptis verbis; quæ de æstimato proponitur, & ea, quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamuis enim vsq; adhuc incertũ erat, inter bonæ fidei iudicia connumerãda hereditatis petitio esset, an non, nostra tamen constitutio apertè eam esse bonæ fidei disposuit.

§. 27. Fuerat antea & rei vxoriæ actio vna ex bonæ fidei iudiciis, sed cùm

pleniorem esse ex stipulatu actionem inuenientes, omne ius, quod res vxoria antea habebat, cum multis diuisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, meritò rei vxoriæ actione sublata ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei iudicii tantùm in exactione dotis meruit, vt bonæ fidei sit; sed & tacitã ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouidentia hoc induximus.

§. 28. In bonæ fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, vt si quid inuicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti iuris iudiciis ex rescripto diui Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ iure aperto nituntur, latiùs introduxit vt actiones ipso iure minuant, siue in rem, siue in personam, siue alias quascunq;, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus, ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quis ex actione defraudetur.

§. 29. Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel soluat, vel ex noxali causa seruum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones, tam in rem, quàm in personam inueniuntur. In rem, veluti Publiciana, Seruiana, de rebus coloni, quasi Seruiana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cùm id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus, permittitur iudici ex bono & æquo, secundùm cuiusq; rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Curare autem debet Iudex, vt omninò quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.

§. 30. Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quàm ad eũ pertineat, causa cadebat, id est, rẽ amittebat, nec facilè in integrum restituebatur à Prætore, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim, sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus iuuentute fuerat, ita & in hac causa succurri solitum erat. Sanè si tam magna causa iusti erroris interueniebat, vt etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori vigintiquinque annis succurrebatur; veluti si quis totum legatum petierit, pòst deinde prolati fuerint

sint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, vt plus petiisse videretur petitor, quàm dodrantem, atque ideò lege Falcidia legata minuebantur.

§. 31. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cuius ex parte res est, totam eam, vel maiorem partem suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardiùs soluit, quàm soluere deberet, minùs soluere intelligitur, eadem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur.

§. 32. Loco plus petitur, veluti quùm quis id, quod certo loco [sibi dari] stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, *Ephesi dare spondes?* Romæ purè intendat, sibi dari oportere. Ideò autem plus petere intelligitur, quia vtilitatẽ, quam haberet promissor, si Ephesi solueret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur vtilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solueret, [quo se soluturum spospondit.] Quæ vtilitas plerunque in mercibus maxima inuenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diuersa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub eisdem vsuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, quo, vt sibi detur, stipulatus est, pura actione rectè agit; idque etiam Prætor monstrat, scilicet quia vtilitas soluendi salua est promissori.

§. 33. Huic aũt, qui loco plus petere intelligitur, proximus est is, q causa plus petit, vt ecce, si quis ita à te stipuletur, *Hominẽ Stichum, aut decẽ aureos dare spondes?* deinde alterũ petat, veluti hominẽ tantùm, aut decẽ aureos tantùm. Ideò aũt plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, vtrùm pecuniã, an hominem soluere malit. Qui igitur pecuniam tãtùm, vel hominẽ tantùm sibi dari oportere intendit, eripit electionẽ aduersario, & eo modo suã quidem conditionem meliorẽ facit, aduersarii verò sui deteriorẽ. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, vt quis intẽdat hominẽ Stichũ, aut aureos decẽ sibi dari oportere, id est, vt eodẽ modo peteret, quo stipulatus est.

§. 34. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat, aut generaliter vinũ stipulatus sit, & specialiter Campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem aduersario tollit, cui stipulationis iure liberum fuit, aliud soluere, quàm quod peteretur. Quinetiam licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur, quia sæpè accidit, vt promissori facilius sit illud soluere, quod [maioris pretii est.] §. 35.

§. 35. Sed hæc quidem antea in vsu fuerat, postea verò lex Zenoniana & nostra rem coarctauit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis diuæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod fortè damnum ex hac causa acciderit, ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione (sicut suprà diximus) puniatur.

§. 36. Si minùs in intentione sua complexus fuerit actor, quàm ad eũ pertineat, veluti si, quùm ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut si quùm totus fundus eius esset, partem dimidiam suã esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus Iudex aduersarium [eodem iudicio ei condemnat] ex constitutione diuæ memoriæ Zenonis. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur; veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

§. 37. Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modò solidum persequimur, modò minus; vt ecce, [si in peculium filii seruiue] agamus. Nam si non minus in peculio sit, quàm persequimur, in solidum dominus, paterue condemnatur, si verò minùs inueniatur, eatenus condemnat Iudex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

§. 38. Item si de dote in iudicio mulier agat, placet eatenus maritũ condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur. Itaq; si dotis quantitati concurrant facultates eius, in solidũ damnatur; si minùs, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas marito quasi retentio concessa est, quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

§. 39. Sed & si quis cum parente suo, patronoue agat, item si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quàm aduersarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conueniatur.

§. 40. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, vt minùs quisque consequatur, quàm ei debeatur. Nam ex bono & æquo, habita ratione eius, quod inuicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit Iudex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut iã dictum est.

§. 41. Cùm eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere

cere potest, creditores experiuntur: inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

COMMENTARII.

PRIMVM occurrit continuatio, vt vocāt, deinde ipsa definitio Sed antequam hæc inchoemus, necessum est, nos hic vti aliqua præfatiuncula, & generali admonitione, de materia & modo vero tractandi, qualis explicatio nobis demandata est; nam alia committimus aliis. Et extant plenæ illæ explicationes, & cum apparatu, vt vocant, in Commentariis Zasii, Iasonis, felicis memoriæ, D. Ioan Schneidewin, possumus meritò annumerare Oldendorpium, item & alios nō nullos, Ludouicum Gomesium, cum similibus. Ergò quomodo hic titulus (quemadmodū agnosco, variè explicari posse, quatenus actionum singulæ causæ considerantur & spectantur; vel quatenus singulę actiones enumerātur, vel adscribitur, quę & qualis sit eius natura; vel rursus quatenus spectatur exercitium eiusque formula; denique quatenus generatim & in vniuersum proponitur locus de methodo & communi traditione actionum, vt earum conditio, natura & proprietas nota fiat, quæ deinceps suo quoquo ordine ad vsum accommodari possint; & qui hæc omnia coniungit, non modo vno loco & tit. libros Institutionum cumulat facilè omnes, sed etiam plura addit; quæ mens Iustiniani fuit, etsi nos nunc imitaremur, cum hos 3 lib. hactenus ordinè, &, vt spero, diligēter exposuerimus, planè desideremus.) Ergò dico, quomodo hic titulus à nobis explicandus sit, docet nos antiquus Paraphrastes Græcus Theophilus, & rursus inter veteres Dominus Nicasius. Theopholi locus extat *in initio lib. 4*. Nicasius disertè sic scribit: *Dupliciter tractatur de actionibus. Vno modo, vt cognoscantur natura actionum; & hoc modo tractatur* de actionib. sub nostro titul. *Alio modo, vt cognoscatur exercitiū actionum;* & sic tractatur *de actionibus sparsim in diuersis passibus, nempe in singulis contractibus & obligationibus.* Hic licet etiam videre, quod monet Balduinus *in Institut. iuris. tit. de actionib.* Et, ni fallor, hunc titulum vnicè comendat D. Cuiacius, qui in D. & C. talis non reperitur, cum tamen aliàs ibi multò plura de actionibus quàm in his Institutionibus. Porrò, quod de actionibus diximus, idem de aliis nonnullis summis capitibus huius libri dicere possumus, vt de exceptionibus, &c.

Sed his ita pręmissis, nunc videbimus plenius de continuatione, de argumento, diuisione, & partibus; & sic progrediemur. Dictum erat *lib I.* ex Caio ICto. Omne Ius, quo vtimur, vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. De personis & earum iure dictum est propriè *lib. I.* Res continet locum de dominio, & de obligatione. De dominio quomodo acquiratur, & quæ eius causæ, & q̄ & quales sint inde actiones, dict. est deinceps *lib. II.* ad locum vsque de actionibus. Postea ab hoc *lib. III.* dictum est hactenus de obligationib. earumq; variis causis, quomodo aliæ sint ex contractu, re, verbis, literis & consensu. Deniq; initio *li. IV.* aliæ ex quasi quodam contractu, aliæ ex delicto nempe priuato, vel etiam ex quasi delicto; atque ibi quoque ipsi contractus, delicta, vel quasi ordine exposita sunt, eorumque causæ indicatæ, & quæ & quales ex singulis sint actiones. Nunc sequitur hic *lib. IV.* locus ille de actionibus. Quomodo autem hoc titul. de actionibus dicturus sit, iam ante monui. Et hæc de continuatione.

Iam liceat etiam nobis extra hanc artem Iustiniani fortè quædam admonere, quæ ad vsum spectabunt; nempe potest hæc tertia pars etiam accipi generatim de re iudiciaria, puta quæ ad iudicia refertur. Et omninò actio pars iudicii est. Et vt in iudiciis tres sunt præcipuæ personæ, Actor, Reus & Iudex: sic est tota hæc doctrina triplex præcipuè. Pri-

ma ad actorem; altera ad reum; tertia ad iudicem refertur. Ad actorem actiones pertinent; ad Reum exceptiones; ad iudicem, locus de officio iudicis. Adduntur siue interferuntur etiam, quæ spectant ad ordinem & processum Iudiciorum; & ad finem absolutis iudiciis priuatis & rerum priuatarum subiicitur etiam locus de publicis iudiciis, von Halßgericht. Atque sic habes summam totius libri.

Nunc igitur primum de Actione & loco actionis, qui instruit actorem, eiusque Aduocatum; nimirum si reus nolit sua sponte monitus & rogatus bonam fidem agnoscere, & quod debet soluere, iuxta definitionem obligationis, in Ius vocetur, & actione proposita ad soluendum compellatur; nam in iudiciis tandem, & in re iudiciaria vis est, & effectus totius Iuris, legum ipsarum neruus, & malæ societatis summum præsidium. vide *l.2 de reg iur. in loco de offic. Mag. item l. fin. C. de præscript. long. tempor.* Porrò actorem eiusque Aduocatum diligenter spectare oportet hos locos. Vnde sit ea actio? cui detur? aduersus quem? ad quid? quod sit in ea officium iudicis? Et hæc capita actionum ipsi ICti obseruarunt, *vt in tit. Pandect. de suspect. tut. & alibi.* Atque hi loci illi ob oculos facilè versabuntur, veluti proposita certa quadam tabella, qui naturam actionum didicerit, iuxta eas diuisiones, quæ hic in Instit. ea de re proponuntur. Ergò videbimus deinceps in hac materia, post locum de definitione actionis, varias illas actionum diuisiones, quæ & quales sint, quæ exempla, & si quæ actiones hic quoque explicandæ veniant, de quorum argumento antea non est dictum, post ordine de aliis, nempe de exceptionibus, &c. & si quæ Actori & Reo inseruiunt, prout illa sese in tit. offerent, indicabimus & exponemus.

§. 1. Actio autem nihil aliud est, &c.

Diximus, actionibus armari Actorem aduersus cunctatorem, siue etiam refractariũ, & iniquum debitorem. Et spectari hanc iniustitiam debitoris, non statim agnoscentis bonam fidem, & protrahentis non sine damno proximi solutionem, non obscuro argumento leges nostræ significant, dum docent de pœna ob solutionem dilatam, de quibus infra. Scribit itaque Theophilus, actiones esse dictas ab eo, quòd improbos & perfidos ad iudicia agamus. Hoc loco definit *Actionem* ex Celso ICto. *Ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. l. nihil aliud. D. de obligat.* & extat etiam *in l. 6. § fin. D. de neg. gest is.* vbi ostendit, Ius hoc loco significare facultatem. Sed monet hic Accursius actionis vocabulum variè accipi. Modò dixi, accipi pro facultate agendi. Inter cætera autem significat etiam formulam ipsam. Et sic possumus dicere; actio est formula, vide Vlpian. *in tit. 19. & 25.* Et quo ad has formulas, licet videre *in l. 2. D de orig. iur.* Et huc fortè etiam pertinet *tit. C de formulis & impetrat act. sublatis.* Dicamus igitur magis, vt antea: *Actio est Ius,* id est, facultas *persequendi in iudicio,* id est, conueniendi in iudicio, *vt in d l 6.* & intellige nomine eius, quod sibi debetur. Hic dicitur: *persequendi id, quod debetur*; vbi *persequendi* verbum ad naturam actionis accommodatur. Theophilus habet petendi. *In iudicio,* id est, apud iudices pedaneos & datos, siue recuperatores, vide *l 1. D de iurisdict.* non in iure apud prætorem, qui extra ordinem cognoscebat nonnunquam & de quibusdam; de quo *in D. de variis & extraord. cognitionibus.* Addit, *quod sibi debetur.* Accursius tamen in hac definitione disputat, & multa disputat, aliena etiam admiscet, quod doctis etiam non placet. Quærit nunquid hæc definitio reali etiam actioni, siue in rem actioni conueniat? Videtur; quod non. *l. 27. & 34. D. de auro & argent. leg. cum sim.* Hotamannus addit definitioni, *quodq; suum est.* Potest tamen etiam dici, verbum *debetur* hic largius accipi, quàm vsitatè solet, & videtur hic probare Cujacius. Non definiuntur etiam hic accusationes, & fortè nec populares actiones, sed tantum actiones priuatæ. Porrò cum dicimus, *in iudicio,* exponimus.

mus illud, vt supra. Monet etiam hic Accursius, anne hæc definitio contineat officium iudicis? Officium iudicis videtur esse pars iudicii & actionis, vbi Iudex inseruit actioni, & naturæ actionis. Vide *in l. 12. §. vlt. D. quod met. causa, & in l. 2. §. vlt. D. de eo, quod certo loco.* Sed intelligit nunc Accursius extraordinarium id remedium superioris iudicis siue Magistratus, puta prætoris, &c. Hodiè dicunt, officium iudicis nobile, vt aliud mercenarium. Vide hic in glossa, & id quidem in gloss. *præterea. infra eodem.* item Oldendorpium *in class. in loco de offic. iud.* & Alciatum *in l. actionis. D. de verbor. signific.* Anne igitur hoc officium nobile ista definitione contineatur quærit Accursius? Dici potest, esse remedia saltem vice actionum, siue esse quasi quasdam actiones. In summa igitur, quoad perpetuum vsum, quoad fontes, possumus populariter dicere ad nostra iudicia: *Actionem esse Ius persequendi apud Magistratum & iudicem tui iuris siue propter dominium vel quasi rei tua, quam amisisti, siue propter obligationem, qua alius tibi obstringitur ex contractu, delicto vel quasi.* Quod cum sit, petis, vt alibi monui, executionem bonarum legum, & ipsarum virtutum. Sic itaque causa actionis est dominium vel obligatio; & sine causa non est actio & iudicium, *l. 6. D. de neg. gest.* Et in petione siue in libello conuentionis causa exprimenda est, quæ, vt loquuntur nunc in scholis, est medium concludendi, quasi medius terminus in Syllogismo, connectens alios; quatenus sanè libellus, & aliæ quæuis petitiones cum rationib. syllogismus quidam est. Notant omnes practici. Etsi puerile & fatuum est ad eundem modum semper syllogisticè proponere. Monent rursus eruditiores & veteres practici. Porrò verò hoc etiam sequitur & efficitur, cum sint inter causas propinquæ & remotæ, & veluti causæ causarum (vt, actionis personalis causa est obligatio; obligationis verò causa Contractus, delictum, &c. Actionis in rem causa est ab vna parte dominiū; dominii verò causæ sunt modi acquirendi, &c.) illam causam maximè ponendam, quæ maximè euidentissimè & certissimè id, quod agitur, concludit & ostendit, de quo iam statim in diuisione prima & summa, vbi videbimus aliquid generaliter de modo agendi; nam vsitatū hodiè est, ad singulas actiones dictare formam libelli, quod hic nos imitari volumus, & debemus. Et scitis, nos ad singulos propè contractus suo loco breuiter modum agendi indicasse. Sed quia hæc ars generalis est, ideò in hoc loco & titulo in genere saltem dicemus de modo & ratione cōficiendi libellos. In singulis speciebus postea eadem est faciendi & componendi ratio. Et licet inuitus his immoror, dicturus de vtilioribus: tamen post generalem traditionem de hac arte libellorum exempla duo subiiciam. Primò, de formula quadam actionis in rem. Deinde etiam vnum de actione in personam. Et si placet tertium, de obligationibus etiam ex delictis, in celebri actione iniuriarum, quando in his ex criminibus certè est aliquid singulare. Pòst, quod dictum est in vno, verbi gratia, contractu, eadem ratione obseruetur in alio, mutata causa petendi siue medio cōcludendi; & obseruata cuiusque negotii, & deinde actionis natura, quod supra didicistis, & hic amplius discetis.

§. 2. Omnium autem Actionum, &c.

Proponit nunc primam actionum diuisionem, quam dicit summam. Ea sumpta est à causa materiali, vt vocant, & diuiditur in actiones *Reales* & *Personales*, quibus addantur etiam *Mixtæ*, vt infra *eodem. §. quædam act.* Reales actiones, siue actiones in rem sunt, quarum causa est res, siue rei dominiū. Personales siue in personam actiones sunt, quarum causa est obligatio. Sed quæritur, vt nuper dixi, non modò ex qua causa sit actio, sed etiam cui detur, aduersus quem, ad quid? Et de his apertius etiam indicandum est, & sufficit tantum nobis generalem doctrinam

proponere. Ergo *Actio in rem*, quando ex dominio est, domino, vel quasi domino datur; & datur ex altera parte aduersus eum, qui rem possidet, vel quasi possidet; & rursus quia ex dominio est. Dominii autem effectus est, vt rem nostram à quocunq; possessore vindicemus & repetamus. Datur hæc actio ad hoc, vt res nostra esse iudicetur, & nobis restituatur, ad quod in ea ipsa actione competit officium iudicis. Dantur autem vsitatè actiones statim, id est, cũ agere voles, & hæ quidem in rem actiones vsq; ad triennium, si est res mobilis. Sed de hoc loco monebunt aliæ diuisiones: pulchrè enim discitur ordine. Iam ad alterum membrum: *Actio in personam* illi datur, qui alterum obligatum habet, & quidem aduersus eum, qui obligatus est, (de heredibus etiam dicendum, sed hoc rursus monebit alia diuisio) & quando ex obligatione est. Obligatio autem vinculum iuris est, quo astringimur ad soluendum, id est, dandum, vel faciendum. Igitur agitur ad hoc, vt nobis soluatur, id est, detur vel fiat, ad quod inseruiet Iudex. Et sunt hæ actiones ferè perpetuæ, sanè ex contractu vel quasi. Sed, vt dixi, hoc alius locus aperiet. Ex his sequitur pulchra doctrina. Actio in personam personæ cohæret, & semper aduersus eundem est. Actio verò in rem personam non spectat, sed rem ipsam sequitur, rem comitatur, & aduersus eum est, qui rem possidet, quisquis ille sit. Denique ICtus sic: *Actio*, inquit, *in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, & semper aduersus eum est, qui rem possidet. Actio verò in personam est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum; & semper aduersus eundem locum habet.* Vide *L. actionum genera 25 D. de obligat. & act.* Diximus & aliam quandam differentiam inter actionem in rẽ & personam; nempe de tempore, quod datur iudicatis, supra *ad tit. vlt. lib. 2. nempe de successi. sublat.* Amplius nunc & hoc tenendum, actionem in rẽ & in personã generali quadam quoq; voce dici. Et infra *de appellat.* docebit, in rem actionem vindicationem dici, ab vindicando; in personam verò condictionẽ, à condicendo, quod significat denunciare. Et nunc, quemadmodum de dominio est varia distinctio, nempe est dominium, vel quasi dominium, & Ius in re, est dominium directum, est vtile: sic & actio ea in rem varia est, ex dominio, ex quasi dominio, ex Iure in re; est actio directa, est vtilis, de quibus ordine in textu. Et eodem modo vt diuersimodè existit obligatio, ita & actio in personam, ex contractu, delicto vel quasi. De quibus *superiore libro.* Sic itaque hæc præcipua & maximè generalis fuit diuisio. Ad quam igitur meritò de præcipuis actionum locis. Quò rursus & illa pertinent. Primùm, quod in actionibus occurrere etiam solet locus de Probationibus, quid probare Actor, cui onus probandi præcipuè incũbat, necessum habeat. Vbi rursus illud in genere moneri potest, in actione in rẽ, Reo negante, vtrunque hoc probare oportere actorem, se dominum esse, & istum, in quem agit, possidere. In actione personali probabit obligationem, eius causam, contractum, delictum vel quasi. Sumuntur autem eæ probationes ex modis acquirendi dominium, ex modis constituendæ obligationis, de quibus iam ante præcedentibus libris. Secundò huc pertinet, quod in actionibus non modò de re principali cogitandum erit, sed vnà etiam de variis accessionibus, de fructibus, de vsuris ob moram, &c. vide *D. tit. de vsuris & fructib. & causis & omnib. access.* Sed & de expensis in litem cogitandum, cum Reus sua pertinacia ad expensas has cogat. Nouissimè cum hæc omnia ita intelligis, facile est cognoscere modum etiam agendi siue instituendi & proponendi libelli in actionibus, & aptam atque conuenientem rei debere esse petitionem. Ecce imprimis libellus, quantum ad hunc locum, scriptura quædam est iudicialis, quæ continet actionem. De quo vide *extr. de lib. oblatione in c. 1.* Actio autem, quam supra definiuimus, causam habere debet,

ber, & iuxta hanc eandem causam fit petitio & conclusio, ad quam se accommodat Iudex. Hæc pluribus velle probare mihi videtur esse superuacuum, cum sponte sequatur ex natura libelli. Vide tamen, si placet, *l. 1. D. de edendo. l. edita 3. C. de edendo. Auth. offeratur. C. de litis contest. l. fin. §. in refutatoriis. C. de appell. item l. fin. C. de fideicommiss. libertatib. l. vt fundus. D. communi diuidundo cap. dilecti extr. de iudiciis & cap. examinata ibidem, &c.* Consequitur igitur, quod libellus sit forma quædam Syllogistica, in qua propositio iustam aliquam petitionis causam ex iure habeat & ostendat. Assumptio complectatur siue subiiciat factum, in quo iusta ea petitionis causa subsit, & tunc petitio loco conclusionis connectat vtramque propositionem, ostendens factum in assumptione, contineri in iure & propositionem, adhibitis interim formulis & clausulis, ad iudicialem petitionem aptis. Veluti: *Proponit & dicit Actor, iustum esse & iure constitutum, vt, qui mutuum accepit, bona fide reddat. Titium verò reum à se mutuo accepisse 10. Ergò iustum esse, vt eam pecuniam bona fide reddat, & se petere, vt in hoc à iudicibus condemnetur.* Dixi nuper, non tamen pueriliter astringendam formulam ad hæc præcepta. Vtimur sæpè Enthymematis, vel quia factum & ius satis notum est, vel etiam breuitatis causa. Veteres vsi sunt breuibus petitionibus. Gaudēt & nūc eruditi breuitate. Quoad minorē siue assumptionem, adeoque quoad totum libellum, plurimum interest rectè intelligere, & rectè proponere ipsum casum negotii. Et oportet in narratione obseruare vsitata præcepta Rhetorum, vt sit narratio vera, perspicua & breuis. Oportet etiam iudicem fieri certum de Actore & Reo, & aliis circumstantiis, vt intelligat, quid petatur, quis petat, à quo, & an sit competens Iudex. Quoad clausulas, quædam receptæ sunt in initio libelli, quædam in fine, & omninò vtendum est compellationibus significantibus obseruantiam, idq; pro persona Magistratus & iudicis. Ergo dicunt: *Coram vobis, vir amplissime, &c cōparet Titius ciuis huius oppidi, contra Caiū eiusdē ciuem oppidi & subditū.* Sed addunt & alias clausulas. *saluo iure emendandi, addendi, &c.* Itē: *Non vult onerari probatione superflua.* Et ad finem: *Pro quo implorat humiliter vestrū officiū,* Item: *Petit sibi ius & iustitiā administrari.* Hæc & illud tenendū est, solere etiam fieri libellos articulatos, cū distinguūtur veluti in articulos, hoc modo: *Proponit ac dicit verum esse, primo, secūdo &c.* Et sic quidē breuiter in genere de arte cōficiendorū libellorum in actionibus.

Nunc videamus in exemplo. Primò in actione in rem, deinde in personam. Atque hic nunc tenendum, de quo supra monueram, in actione reali causam proximam præcipuè concludere; in personali verò causam remotam magis id, quod petitur, ostendere, iudicemque informare. Et inde fit, quod in actione in rē causa remota omitti possit; in actione personali verò omitti non possit. Vtramq; coniungere non est prohibitum. vide de hoc latius Dd. Sed, vt dixi, ostendamus libellorum rationem in exemplis vno vel altero. Et faciemus hoc in primo exemplo vberius, etiamsi fortasse aliquid redundet. Fiat igitur in actione in rem, siue in rei vindicatione libellus hoc vel simili modo:

Corā vobis, viri amplissimi, N. N summa necessitate rei cogente, (ex l. 4. D. de alienat. iudic. mut. causa facta) *comparet sua petitione & actione Lucius, huius loci ciuis, & proponit breuiter,* (d. l. ampliorem. de appell.) *non quidem in modum formosi libelli, sed simplicis saltem facti, narrationis & summaria petitionis, & tamen omni meliori modo & forma, quibus potest.* (ex cap. dilecti. De iudiciis, Mynsing. in obseruat. Cameræ, cent. 4. obseruat. 5.) *prout stylus & ratio huius fori & iudicii, & ipsa necessitas desiderat, reseruans sibi etiam omnia & singula beneficia & auxilia quæ eiuscemodi petitori & actori ius & æquitas concedit & largitur, vt & integrum ius addendi, emendandi, mutandi hanc ipsam petitionem.* (ex §. si minus, & ibi gloss. infra.) *& imprimis quoq., ne astrin-*

gatur ad probationem superfluam & non necessariam ad causam (l. 12. D. de probat. & ibi gloss.) De quibus omnibus & singulis publicè & solemniter protestatur. Et comparet quidem contra Caium conctiuē & Reum, & quamcunq; aliam personam pro eo legitimè interuenientē (ex tit. de procurat.) quem Reum postulat etiam legitimè cogi ad hanc suam petitionem & actionem respondere. Dicit autem & ponit actor breuiter (ex l. si in rem 6. & l. si officio) prout ante, quòd prædictus Caius Reus fundum quendam, tali vel tali loco situm, iam per tot annos habet, & fructus atque omnia emolumenta exinde percipit, & tenet quidem & detinet maximo cum actoris damno & detrimento, nullo iure, cum is fundus ipsius Lucii actoris proprietate & iure dominii vel quasi semper fuerit, & adhuc est, utputa ex vero & legitimo titulo emptionis iam olim acquisitus, & proinde pro suo iure dominii vel quasi eundem fundum sæpius repetiit & adhuc repetit, sed absq; hac necessaria & iudiciali compulsione nunquam consequi potuit. Cum verò ratio, æquitas & ius scriptum suadeat & dictet, id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non debere, & domino liberam esse oportere aduersus possessorem quemcunq; rei suæ repetitionem & vindicationem, idcirco petit actor iudicialiter cognosci, declarari & pronunciari, ante dictum fundum cum omnibus, quæ ad eum pertinent, proprietate & iure dominii vel quasi ipsius esse, & Reum eundem fundum vnà etiam cum omnibus fructibus & vtilitatibus inde perceptis restituere debere, damna etiam & expensas litis (l. properandum. §. sin autem alterutra. C. de iudiciis) resarcire oportere, & vt eundem ad hoc legitimè & omni meliori iure & forma, quibus (l. qui restituere 68. de rei vind.) potestis, condemnetis & compellatis. Pro quibus omnibus, & si quid aliud iure vel consuetudine petere poterat & debebat, quod summa diligentia facit, implorat humiliter officium vestrum iudiciale, petens sibi ius & iustitiam, & quicquid in hac re iuris fuerit, administrari, saluo iure addendi.

Nunc paucis & breue exemplum de actione in personam in casu quodam mutui.

Coram vobis, domini Iudices & Scabini, præmissis tamen præmittendis, proponit N. actor actionem contra Caium Reum in causa mutui, dicit breuiter, quòd multis precibus eiusdē Caii Rei solicitatus dederit mutuo & numerauerit ei in proba moneta 100. quæ ipse bona fide se post 3. menses soluturum & restituturū promisit, & sic se & suam fidem re ipsa etiam obstrinxit. Sed tamen immemor nūc tanti beneficii, post lapsum hoc tempus sæpius amicè monitus & rogatus, vt solueret, huc vsq; soluere neglexit. Idcirco hoc suo libello petit actor, vt vestra sententia cognoscatis & pronuncietis, Reum oportere & debere huiusmodi 100. aureos bona fide reddere, & vt eundem Reum officio vestro ad realem solutionem eius summæ & pecuniæ cum refusione etiam damnorum & expensarum cogatis & damnetis, prout ius & ratio dictat.

Iam tandem, quod attinet ad actionem ex delicto vel ex crimine, cum agitur criminaliter, sciendum est, alia quædam adhuc in hoc libello requiri, & alias quasdam solemnitates desiderari, nempe quò magis certum quid hic proponatur, & non vagetur actor cum alieno periculo, vt loquitur Iurisconsultus *in l. 7. D. de iniuriis.* puta, debent fieri libelli, qui dicuntur libelli accusatorii, & libelli inscriptionis, nominatim exprimere tempus, locum & alias circumstantias, de quo pulchrè *in l. libellorum. D de accusat.* Vide etiam gloss. *in l in causis. C. de accusat.* Præterea debet etiam subscribere is, qui dat eum libellum, nempe se professum esse. Quod eò pertinet, vt sit certus accusator, si calumniatus erit, qui etiam tenetur ad similitudinem supplicii. *l. si cui 7. D. de accusat.* quanquam hodiè aboleuisse eas subscriptiones aiunt. vide gloss. *in l. 2. ad verb. periculi. C. de fide instru.* Et apud Saxones similitudo supplicii quoq; non est in hoc casu. Vide *lib 2. Landtrecht. art. 8.* Itē Chil. Königin prax c. 7. Sed videamus saltem exempla libelli in actione ex delicto, veluti iniuriarum & legis Aquiliæ.

Claris-

Clarissimi & magnifici viri, &c. coram vobis comparet N. & adducit in modum actionis siue accusationis meliori modo, quo iure sibi competente potest, contra N. Reum; & dicit, quod quamuis naturali iure, ciuilibus itidem legibus & laudabilibus Imperii, & huius regni constitutionibus egregiè diligenterq; prouisum & constitutum sit, ne quisquã, cuiuscunq; ordinis is sit, alteri sub graui pœna vim & iniuriam inferret, & vel famam vel corpus, vitam aut bona eius violaret aut læderet, præsertim non lacessitus & sine omni iusta causa, tamen iis omnibus postpositis & spretis, prædictus ille N. Reus nuper, nempe illo die, circiter horam talem vel talem noctis, petulanter & malitiosè stricto ense in ipsum N. actorem impetum fecit, eumq; nihil de ipso tale meritum, & à quo nullo vnquã modo læsus vel lacessitus est, cum euadere aliter non posset, præter omnem spem & opinionem indignis modis vulnerauit, amputatis etiã digitis, ita vt ipsum quoq; inutilem reddiderit, & cõmodo & facultate comparandi sibi & suis quotidiani victus deinceps priuarit. Quæ omnia cum ita sint, vt negari nõ potest, petit idcirco actor iudicialis sententia cognosci, dici, enunciari & declarari, id contra leges & constitutiones publicas Imperii iniustè & iniquè factum esse, & Reum nullo modo committere debuisse aut potuisse, & ideo meritò in pœnam publicam ex Constitution. incidisse; ipsi etiam læso & vulnerato damna & impensas omnes resarcire & restituere oportere, & præterea quoq; dare pro eo grauissimo damno, quod malitiosè & contra omnia iura in corpus intulit, aureos 500. Cum sanè actor, si in bonis haberet, mille potius amittere velit, quàm ita acceptum & indubitatum impedimentum comparandi quotidiani lucri & victus mutilari. Et petit, vt in hac omnia, salua tamen vestra moderatione, eum legitimè condemnetis, & ad satisfaciendum compellatis, atque in hoc ipso implorat vestra magnificentia, & præsertim nobilis iudicis officium & auxilium, petens sibi ius & iustitiam, & quicquid in hac re iuris erit, administrari, saluo iure addendi &c.

Atque hæc hactenus de diuisione Actionum prima in rem & in personam. Sunt & actiones, quæ dicuntur in rẽ scriptæ. Et quærit Accursius, Personalesnè sint, an Reales? Dic in personam esse; Rei tamen possessorem sequi. Et ideò vocantur in rem scriptæ. Talis est actio, quod metus causa, de qua infra & aliæ nonnullæ. Vide hic Cuiac. Porrò deinceps nunc in speciem recensebuntur præcipuæ quædam actiones in rem, tum ciuiles, tum prætoriæ, vt & diuisiones multæ actionum personalium. Sed pergimus prius in textu.

℣. Apud Iudices arbitrosuè, &c.] Hic notant etiam coram arbitris actiones proponi. De quo vide *D. de recep. arb.* Iudicem quomodo hic accipiamus, supra diximus, nempe iudicem pedaneum, quem dicimus iudicem datum siue delegatum. Vide *C. de Pedan. iudicib.* Alioquin & prætor & alius, qui iure suo de re aliqua cognoscit & iudicat, Iudex etiam nonnunquam dicitur. In summa tamen, quod ad hunc locum attinet, notat dominus Cuiacius, & ex eo cæteri, iudices hic esse, qui addebantur actionibus stricti iuris; arbitros verò addi consueuisse actionibus bonæ fidei & arbitrariis. Et eò respicit Iustinianus.

℣. Et aliis quibusdam modis, &c.] Missis nugis, nescio qualibus, scias hic doceri de forma conclusionis in libello, quæ est præcipua pars libelli, vt Oldendorpius *de libellis.* In actione in personam concludimus, aduersarium dare, facere oportere. *Dare, facere* intelligitur etiam dare aut facere soluta pro separatis. *l. sæpe. D. de verbor. signific.* & continentur etiam contraria, *non dare, non facere.* Est autem facere verbum vulgatæ significationis. In actionibus in rem non licet ita concludere, sed aliter, cum dare sit dominium transferre, vt is, qui tuum dare tibi non possit, cum etiam quod meum est amplius meum fieri non possit, *vt infra. §. sic itaque.* Petimus igitur hic magis iudicari & pronunciari, rem nostram esse, nobisque restituen-

stituendā. Sed ad locū præsentem. Cōcludimus, inquit, in psonali actione, dare, facere oportere, aut aliis quibusdā modis nēpe agimus, vt nobis restituatur, vt reddatur, vt tradatur; agimus, ne q d fiat, ne nos diffamet, qui dubios spargit sermones, nec tñ paratus est agere vel accusare, vt supra de iniuriis. Et in summa, quomodocunq; concludatur, si causæ agēdi conueniat cōclusio, vt Iudex intelligat, ex qua causa quid petatur, nō est curiosè & scrupulosè inhærendum verbis, nec verba captāda. Vide Oldēd. *in loco de formula libelli.* Itē D. Noe Meurer *in process.* Cammergerichts Ordnung *parte 8 in init.* Zasium etiam *in tit. de orig. iur. l. 2. §. deinde ex his legib.* Et hoc voluerunt salutaria hæc verba cōtra litiū concinnatores & sycophantes, q sanctissima legū doctrina irreligiosissimè abutūtur.

℣. Aut cum eo agit, qui nullo iure, &c.] Obiicitur, si planè non est obligatus, ad quid innocens cōuenitur actione? Resp. respicit ad obligationē propriè dictam, quæ nascitur ex contractu, delicto vel quasi. Alioquin, vt subiicit, mouetur illi cōtrouersia propter dominiū. Neq; enim pōt aut debet, id q meū est, me inuito & sine meo facto, ad aliū transferri. *l. id quod nostrum. D. de reg. iur.*

℣. Possessor autem, &c.] Mirabilis hic locus est, qui videtur docere, possessorem, contra quem in rem agitur, contra agere debere, & probare, se dominum esse. Quod & absurdum est, & pugnat cum *l. qui accusar. C. de edend. & simil* vbi docetur actorē in hac actione probare oportere; Reo sufficere negare, rē esse petentis. Gl. & post eam Iason & alii intellexerūt hunc locū, cum fortassis possessor voluerit in se recipere probationem. Sed de hoc certissimū est, Iustinian. nihil cogitasse. Alii igitur dicūt, antiquū ius à Iustin. indicari, quādo possessor cōtra vindicabat, de quo Boet. *li. 3. in To. Cic. c. de defin.* & testat. hic Cuia. Vide ēt Bal. *in ll 12 tab 45.*

§. 3. Æquè si agat quis, &c.

Dixit de actionibus in rē in vniuersum, & de actionib. in rē corporalē; nunc dicturus est de rebus incorporalib. & de conditione harū actionū. Neq; enim res incorporales propriè vindicari possunt. Res incorporales accipe, veluti iura & seruitutes, q̄ sunt personarū & rerum, id est, pdiorum, & hæ rursus p̄diorum vrbanorū & rusticorum, de quibus *li. 2.* Ergò tñ & hę res nempe incorporales vindicantur suo modo, id est, q. vindicantur, puta, quod si tibi seruitus aliqua in re aliena cōstituta & acquisita erit, veluti vsusfructus, vsus, ius itineris, actus, ius ducendi aq̄, ius pascendi, piscandi, iurisdictionis alicuius, aut ius prospiciendi, ædificandi, &c. & aduersarius id ius, q debet, hoc ipsum auferat, neget, prohibeat; ages in eū veluti domin quidā in possessorem rei tuæ, &, vt in actionibus in rem, de quo antea monui, petis iudicari te dominum vel quasi eius iuris esse, & oportere reū restituere, & permittere te liberè vti. Verbi gratia:

Proponit actor, se ad fundum suum ex Titii sui vicini fundo ius eūdi habere, quod ipse olim emptione à Titii auo cōparauit, eoq; iure venditore patiente ipsius auū, & se deinceps et longo tēpore hactenus vsum esse, in quo nūc iniquius turbatur & impeditur ab ipso Titio & Reo. Petere se igitur, vt declaretur ac pronuncietur, dictā seruitute sibi suoue prædio cōpetere, & Reo aduersario nō licere impedire vsum huius seruitutis eūdi, eumq; simul condenari in id omne, quod ipsius interest, q iniquius eum in suo iure impedierit. Nā in his et actionibus p̄cipuè habetur ratio eius, q interest, & fructuum, *l. loci. §. in confessoria D. si seruit. vend.* Sed & si posiones siue cautiones hic fieri solēt, id est, Reus conuictus pręstare debet cautionē, q in futurū nec ipse nec heredes impediturū sint actorē vti tali seruitute, *l harum. cū simil. D. si ser. vend.* Et si sententię nō paruerit, & de impendio in futurum non cauerit, in litē contra eū iurabitur, vt condemnetur pro actoris arbitrio. *d. l. harum* Hic igitur est vsus & hæc praxis harum actionū.

Et facilè intelligitur, ex quo iure sint istæ actiones, cui dentur, aduersus quē, ad quid, & quomodo petendum siue concludendum sit? Faciè etiam conspiciuntur differentiæ circa rem corporalem & incorporalem. Illud

Illud verò disertè addit, quòd in rebus incorporalibus sint actiones duplices: Confessoria & Negatoria, quæ scilicet negatoria in rebus corporalibus locum non habet, cuius etiam ratio est. Deinceps igitur de his quæritur, quæ sit actio confessoria, quæ negatoria? Hic verò interpretum magnæ sunt lites & certamina. Mihi breuiter docendum est. Dicam igitur breuiter, & , vt spero, certiori doctrina. Accidit in his seruitutibus, quæ sunt veluti accidentia, aut sanè adiacentia in rebus ipsis corporalibus, vt aut seruitutem in re, siue ex re aliena vindices, quam aduersarius negat; aut tuum possidens, verbi gratia, fundum ab aliena seruitute, quæ in eo petitur, quæritur, & mouetur, vindices, id est, fundum tuum ab ea seruitute liberum esse dicas, & seruire negas. Nam hæc omnia pro eodem dicuntur, idcirco sanè cum seruitutem aliquam, veluti vsumfructum, in tuo assero, vindicatio est, quæ dicitur Confessoria actio, à confitendo, quod significat asserere, & fit plerunque verbis affirmatiuis, veluti *Assero ius eundi*, siue, *dico Ius agendi in Titij fundo mihi deberi*.

Potest etiam aliter fieri, verbis negatiuis, vide *l. 4. § vltim. D. si seruit. vind.* Neque enim in verbis omninò ea res est. Cum verò contrà actione proposita aduersus eum, qui seruitutem aliquam in meo vsurpat, nego fundum meum ipsi seruire, &c. negatoria est actio, quæ negatiuis verbis proponitur, licet nonnunquam aliter, vide *d. l. 4. § pen.* In rebus ipsis corporalibus hoc non accidit, vt quis agat negatoriè, rem alterius non esse. Accidit tamen in rebus corporalibus, vt rem quidem possideam, turber tamen & molester in possessione, vt sit mihi prouocãdum ad iudicium, sed nequaquam aio ita rem ipsius non esse, & vt sumam mihi partes actoris. Idem accidit etiam in rebus incorporalibus Sed nego hîc fundum meum aduersario seruire, non modò, vt aduersarius probet, quatenus creditur res cuiusque esse libera, sed etiam (in quo magna est diuersitas) vt ipse probem, fundum meum aduersario non seruire, nimirum cum omnino præsumitur & iudicatur, subesse seruitutem, puta, si fortè omnino debui seruitutem, quam aduersarius intendat.

Dico autem eam iam nullam esse, & non deberi. Et ita video probari etiam Balduino, Hottomanno & aliis nonnullis, Oldendorpio etiam in praxi huius actionis. Alii nonnulli homines & auctores magni, videlicet Dominus D. Melchior Kling, & ex eo D. Ioachimus Mynsingerus, ad huius actionis veluti naturam etiã certa requisita vidẽtur ponere, quod in his negatoriis actionibus non actor, sed reus probet. Sed hisce assentiri me non patitur textus; qui docet in actionibus negatoriis actorem etiam probare, vt affirmant illi, de quibus dixi. Ergò tandem sic agetur negatoriè: *Aio, domini Iudices, me esse dominum fundi talis, in quo Titius Reus, licet ipse seruituti omnino nulla sit obnoxius, Ius itineris indebitè & iniquè sibi vsurpat & vsurpare non desiit. Peto igitur declarari. aduersario id non licere & fundum meum ab hac seruitute liberum esse* Vide, si placet, de his in causa & actione rerum incorporalium & seruitutum Confessoria & Negatoria D. Noe Meurer *parte 8 processu num. 21.* Item Chilianum Golstein *in processu parte 2. in initio & rursus prope finem pag 181.* Item Alexandrum Mathold *in formulario suo parte principali 2. in processu cap. 2.* von gerichtlichen Klagen/ & post glossam Ioan. Oldendorp. *classe 3. act. 4 & 5.* Item Petrum de Ferrariis *in pract. in forma libelli harum actionum.* Item D. Melchiorem Kling. & alios multos. Atque hæc de actionibus propter res incorporales Confessoria & Negatoria. Nunc exempla de his seruitutibus, & earum actionibus, proponit in textu, & videtur etiam huic textui adscribere difficiliora etiam

iam, quàm conueniebat discentib. Sed nos breuiter de veritate textus.

℣. Veluti si quis, &c.] Nimirum, ante debui seruitutem, ne altius ædes tollerem, quæ postea remissa est, cum seruitute contraria, vt patiatur vicinus me altius tollere. Et sic sanè seruitus est ex alieno, vt altius ædificem, agoque eo nomine confessoriè.

℣. Item altius tollendi, &c.] Nimirum, quia ego illi hanc seruitutem, vt possit altiùs ædificare, quam ante fortè debui, nunc non debeo. Et sic negatoria erit actio, per quam non seruitutem ex alieno vindico, sed libertatem prædii mei defendo. Vide Balduinum, Hottomannum, Cuiacium, Cornelium Fibulanum, item Ioan. Fabrum.

℣. Quod genus actionis, &c.] Disputat nunc, actiones negatorias in rebus corporalibus locum non habere, & quare id fiat. Vbi iterum mirè & hunc locum & se torquent interpretes. Breuiter dic: in rebus incorporalibus etiam is, qui possidet, negat rem actoris, id est, petitoris esse; & ita agit, vt qui possidet fundũ & in eo ius libertatis, proponit negans rem, id est, contrariam seruitutem, quam aduersarius intendit in eo fundo ei deberi, quæ est actio negatoria. At in rebus corporalibus is saltem agit, qui non possidet: nam qui possidet talem rem scilicet corporalẽ, non habet, cur agat rem non esse actoris, id est, petitoris, siue cur agat & proponat negans esse actoris, cum sufficiat illi possidere, & si quis etiam petat, saltem negare rem esse petitoris. *l. 1. D. vti possidetis.*

℣. Sanè vno casu, &c.] Iterum torquent hũc locum. Et quod hic quoq; communiter post glossam adferunt Iason & alii, nihil habet solidi. Baronis sententia est, quã sequitur Hottomannus & Cuiacius, vt legamus (*sanè in hoc casu,*) vt sanè non excipientis sit, sed confirmantis. Et sic breuiter de veritate.

§. 4. Sed istæ quidem actiones, &c.

Sequitur alia actionum diuisio, nempe, quod actiones aliæ sunt Ciuiles, aliæ Prætoriæ. *l. 25. §. fin. D. de obligat. & act.* Actiones Ciuiles sunt, quæ ex iure ciuili, puta ex lege 12. tabul. vel aliis legib. aliaue quacunq; parte iuris Ciuilis ex Constitutionib. Senatusconsultis, Plebiscitis, &c. competunt. Actio verò Prætoria est, quæ ab ipso Prætore & iurisdictione introducta est. Siquidem vbi causa ipsa & æquitas rei ius agendi & actionem dari suaderet, quæ cum deficeret, Prætor ex sua iurisdictione adiuuandi, supplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia actionem prodidit siue porrexit, quæ dicitur Prætoria, actio honoraria, item actio ex iurisdictione Prætoris comparata. Alioquin sanè iudiciis omnibus præerat Prætor, actionem dans vel negan[illegible]tam ex iure Ciuili, quàm proprio edicto. Quod benè notandum est, ne erres cum Accursio. Vnum hoc etiam admonendum puto, hanc diuisionem actionis à causa efficienti sumptam esse, vt communiter notant. Et in eo hoc ego noto, id intelligendum de causa proxima aut secunda: subesse autem etiam causam remotam, quæ Legumlatores & Prætores moueret, nempe causam actionis, de quibus supra in prima diuisione, vtpote dominii & obligationis causas. Et ex hoc corruit actionum illa diuisio, quam nonnulli tradunt, dum dicunt, actiones alias esse natiuas, alias datiuas. De quibus Iason *in §. rursus. infra eod. tit. num 78.* Sed hæc ipsa, quæ puriori antiquitati ignota fuerunt, & fundamento carent, pluribus refutat Thomas Linius *in initio huius titul.* Baro *in l. iurisgentium. D. de pact.* & ibidem Franciscus Duarenus & Oldendorp. *in tract. de actionib. diuisione 2.*

Iam

Iam etiam dicendum esset de huius diuisionis vi quadã & effectu, quomodo actiones Ciuiles perpetuę, Prętorię verò Annales sint. Sed hoc iterũ alio loco exponetur. Illud autem scias, actiones prætorias æquè ac Ciuiles, partim in rem esse siue reales, partim in personam, item & reliquas admittere diuisiones, quòd aliæ sint rei persecutoriæ, aliæ pœnales, &c. Et deinceps proponit nunc celebres aliquas actiones prætorias, in rem primum, deinde in personas. De quibus ordine videndum est. Et primum actio occurrit Publiciana, vt hic in verbis, *ecce plerunque*, & pòst *in §. namque.* & de eo extat *titul. Pandect. de public. in rem actione.*

Quod igitur ad hanc actionem, & ad §. *namque.* attinet, ecce ita ea res habet: Emit fortè Caius à Titio libros quosdam, puta Corpus Iuris, quos ab eodem Titio dato siue soluto precio accepit, *postea alius eosdem nactus possidet. Caius eos à possessore vindicat, hoc sanè colore, quasi illorum dominus ipse sit. Fac verò, venditorem & traditorem dominum non fuisse. Non itaque est dominus Caius, qui emit, & fortè hoc à possessore ei obiicitur, nempe rem ipsius non esse, quæritur, nunquid ita agere potuerit Caius? Scribit hic Imperator, actionem eam in rem, de qua supra, Iure Ciuili ita institutam esse, si dominus sit is, qui agit; non igitur huic hoc casu competere actionem. Atqui cum æquum tamen fuerat, bonæ fidei emptori & possessori actionem in eum casum esse, Publicius Prætor actionem prodidit, qua ageretur in rem, & res ab alio possessore ad exemplum actionis Ciuilis, de qua supra, vindicaretur.

Hæc expedita sunt, plana & sine omni difficultate. Sed, Deus bone, quantam tamen difficultatem in hunc locum inferunt interpretes, Iason præsertim, & Zasius etiam. Quærunt amplius, cui detur omnino hæc actio, aduersus quem, quomodo agendum sit, & quid probare tandem actorem oporteat, vt vincat? Atque vnius rei cognitio ex alia est.

Dic igitur breuiter, actorem reo negante & excipiente, & ad hanc probationem ipsum compellente, probare debere saltem bonæ fidei possessionem, nempe possessionis suæ titulum aptum ad transferendum dominium verum, vel sanè iusta ex causa putatiuum, onerosum, vel lucratiuum ex contractu vel vltima voluntate, & bonam suam fidem. De quibus *in l.1.l.7.§. Marcellus. & §. si à Milone. l 9.11. & 13. D. eodem.*

Et hæc quidem probans & ostendens, probat & ostendit se eam rem vsucapere potuisse, quæ vsucapio optimo iure recepta est, vt libr. 2. docetur. Itaque dici sic potest, probare ipsum debere, qui rem, de qua contendit, vsucapere potuisset, & pro regula recipi: *Eum, qui potuisset vsucapere, publiciana hac actione vti posse; & contra, qui vsucapere non potuisset, eum hac actione vti, obtinere & vincere non posse.* Quæ regula comprobari potest *ex d.l. 7. § Marcellus. & §. fin. l.9. §. hac actio. D. eod.* & sic loquitur hic textus etiam de vsucap. non tamen hoc dicendo, dicere ipsum & probare oportere, qui vsuceperit, aut etiam quod vsucapere deinceps possit. Nam si vsucepisset, verè dominus esset, nec opus haberet Prætorio hoc subsidio. Sed quæritur hîc, quomodo possit actor probare bonam fidem? Respondeo, probabit ea, quæ sunt facti extrinseci, nempe iustum titulum, veluti se iusto titulo emisse, & sic vltrò præsumitur de bona fide, donec probetur contrarium. Idque per *l. penultim. Cod. de euict.* Auctoritate tamen glossæ Accursianæ hic aiunt, petitorem per suam assertionem cum iureiurando probare debere. Vide Zasium

hic num. 22. Nunc itaque constabit, cui hæc actio detur, siue dari possit, & aduersus quem? Nempè illi dabitur, & illi prodest, qui rem iusto titulo ac bona fide nactus possedit, aduersus possessorem quemcunque, qui plus iuris non habet, quàm petitor siue actor. Finis enim & æquitas huius pulcherrimæ actionis est, vt qui ita bona fide rem possedit, licet nondum vsuceperit, cum potuerit sanè ab initio vsucapere, & sic habuerit proximum gradum ad dominium, quod vocant quasi dominium, vt dico, potior habeatur eo, qui rem post nactus, vel minus, vel saltem non plus iuris in ea re habet. Nam aduersus verum dominum non datur hæc actio aut non prodest, *l. siue autem. §. si duobus. l. penult. & vltim. D. d. lib. de publ. actio.*

Restat, vt videamus de modo proponendæ actionis. Et hic iterum Accursius nulla necessitate occasionem præbuit variis disputationibus & litibus, proponendo quatuor modos, de quibus disputat, libellandi siue instituendæ actionis. Ego his missis, iterum breuiter monere soleo, imprimis nos nunc ad forum & ad iudicia nostra respicere, tum verò neminem ferè accedere ad Iudicium vel actionem vindicationis in rem, ea cogitatione, quòd credat rem suam non esse. Interim tamen cogitare & potest & solet, difficilem omninò esse probationem dominii. Quis enim semper sciat ius sui auctoris? Itaq; restat, vt ita agat, vt, siue dominus sit, siue non sit, sed bonæ fidei possessor, quem quasi dominum dicũt, audiatur. Verbi gratia; sic dicet: *Aio, Domine Iudex, eos libros in vtroque Iure, quos Sempronius nũc possidet, meos esse, Iure dominii, vel quasi: siue istorum librorum me dominum esse vel quasi, & ideo mihi, secundum id, quod Ius & ratio postulat, vestra sententia adiudicari peto, & Sempronium cogi eos restituere, &c.* Quemadmodum supra in integra formula audiuistis.

Atqui huius formulæ & libelli sensus est, vt, siue possis probare dominium, siue id non possis, sed tantum bonę fidei possessionem, id est, quasi dominium, vt vocant, aduersus Reum & possessorem obtineas. Quæ formula Iure pontificio inuenitur probata, *c. Abbat. de sententia & re iudicata in 6.* & adeo inualuit, vt vel sola vsurpetur, si quando in rem acturus quis sit; & est formula elegans, continens commodam moderationem. Quod autem adhuc ampliùs disputant, (Zasius, D. Melchior Kling. Mynsingerus) eam formulam vel ideo sustineri non posse, quod sibi ipsi videatur contraria; eos diligentiùs rogo, aspiciant rem ipsam, huius actionis longè præstantissimæ vsum & finem, & desinant scholam & Rempubl. diuexare litibus minimè necessariis. Cogitent, inquam, hoc tantùm agi, vt is, qui ante bona fide habuit rem, & possedit, eam deinceps etiam habeat, magis quàm alius, qui minus Iuris, aut sanè non plus Iuris habet, & sic sanè non pugnant, & non sunt contraria, saltem in gradibus excellentibus dicere, se esse dominum, vel sanè fermè dominum. Lex hunc gradum item bonæ fidei possessorem dicit esse penè dominum, *l bona fidei D. de acquir. dominio.* Hoc dicimus fermè dominium, qui habet proximum gradum ad dominium, & id facimus affine quoddam dominio & quasi dominio. Licet hanc appellationem iis verbis & ea significatione non puto reperiri, ne credas intelligi non verum dominium, sed aliquid alienum à dominio.

§. 6. Rursus ex diuerso, &c.

Aliud nunc proponit exemplum, ex tractatu & loco de restitutionib. in integrum, & ex tit. Pand. & *Ex quibus causis maior 25. ann. in integr. rest.* Vide tamen etiam *l. in honorariis. D. de obl. & act.* Siquidem Prætor plurifariam hominib. vel lapsis vel circũscriptis subuenire solet, siue metu, siue calliditate, siue

siue ætate, siue absentia, siue per status mutationem, aut iustum errorem inciderint in captionem, siue etiam si qua alia causa iusta esse videbitur, *l.1. & 2. D. de in integr. restit. l.1. D. d.tit. Ex quib. causis maiores.* Hic proponit speciem & casum vnum pertinentem quoq; ad locum de vsucapionibus; nempè, cum quis captus vel læsus est per alterius absentiam, aut etiam captiuitatem. Et proponitur actio superiori quodam modo aduersa. Vt enim ibi, qui non vsuceperat, tanquam si vsucepisset, suum vindicat; ita hic cuius res reuera vsucapta est, tãquam si non esset vsucapta, eam adhuc vindicat à possessore, quam vocãt actionem rescissoriam. Vbi iterum variè disputãt de exercitio huius actionis. Et quomodo agatur, cui detur hæc actio, aduersus quem, ad quid, ex re ipsa facilè notum erit, vt non sit opus, nos tædio auditoribus esse. Sit igitur casus. Sempronius, dum adhuc domi est, rem quampiam Titii conciuis sui, ab alio emit, & traditam accepit, ea tamen nondum vsucapta Reipublicæ causa peregrè discedit. Interea verò dum abest, vsucapio & tempus vsucapionis impletur, in quẽ absentem Titius agere non potuit. In reuersum itaque vult instituere actionem in rem, siue vindicationem, an id vtiliter fiat, quæri potest? Siquidem in rem actio, vt supra audiuimus, domino datur in nõ dominum. Sed hic Titius amplius dominus nõ est re vsucapta; imò ipse Sempronius per vsucapionem dominus est effectus, *vt lib.2. tit. de vsucap.* Moueri tamen ab altera parte potest, quod iniquum & prædurum videatur, ita immerentem alterius absentia lædi. Si enim adfuisset Actor, ante vsucapionem repetiisset & vindicasset. Deciditur itaque ipso quidem Iure rem esse vsucaptam, vt in rem actionem repeti non posset; at prætorem voluisse, necessitate rerum imperitis succurrere; atq; ita alterius absentia læsum in integrum restituere, rescissa vsucapione, & pristinam actionem vtilem reddere; idque intra annum; vt hic dicitur. Quod ita nunc fiet, vt intra quadriennium continuum hæc in integrum restitutio petatur, & ita proponatur:

Coram vobis dicit Titius Actor, Sempronium dum abesset, & ab actore nullo modo conueniri posset, rem ipsius vsucepisse, id verò, quia durum est, nempè, ita lædi immerentem Actorem, petere se, vt in pristinum statum restituto actore, pronuncietur, ea vsucapione rescissa rem ipsius esse, & manere, ipsiq; restitui oportere. Vel etiam, Petere se vt aduersus talem læsionem indignam restituatur; ac deinde aduersarius compellatur, rescissa vsucapione, restituere, &c.

Alii nonnulli distinguunt Iudicium rescindens, & pòst actionem rescissoriam, vide post alios Chilianum Golstein *in Processu parte 2. in lib. actionis rescissoria.* Sed ita hæc cumulari posse credendum est; vide Ioan. Oldendorpium *class.6. act.7. in clausula fin.* Equidem olim in integrum restitutionem à prætore impetrari oportuit, vt actio exempta redderetur, idque intra annum. Sed hodiè ex Imperatoria Constitutione hæc in integrum restitutio apud alios quoque Iudices impetrari potest. *l.fin.C. vbi & apud quem cognitio in integ. rest. agitanda sit.* Idq; intra quadriennium continuum. *l.fin.C. de temp. in integ. rest.* Ergo sanè, vt nunc de actione nostra, actio illa nostra rescissoria non est nomen propriũ & speciale actionis, vt nec actio reuocatoria; de qua §. sequenti, vt cum dico actio Commodati, mutui, &c. Sed sunt hæ conditiones & qualitates actionum, quod talibus actionibus antè gesta rescindantur, reuocentur, &c.

§. 7. Item, si quis in fraudem, &c.

Tertium proponit exemplum, *ex tit. Pand. Quæ in fraud. cred. facta sunt vt restituantur.* Sit casus: Titius Sempronio debet mille, fortè ex mutuo, & quamuis sciret se soluendo non esse; tamen hortum quẽdam suum vendidit Caio 300. Cum igitur deinceps Sempronius à Titio suum consequi non potest, quæsitum est, anne Caio emptori horti siue

fundi, cum fundum vindicare possit, vt ad bona sui debitoris reuertatur? Et videtur sanè, quod in Caium de hoc actionem non habeat, cum reuera res alienata sit, & translatum sit dominium. Verumtamen prætor iniquum arbitratus priores creditores decipi, rescissa traditione patitur eam rem inde reuocare, quasi alienatio in fraudem creditorum facta pro nulla sit, & res alienata in bonis debitoris mansisset. Ea actio vocatur *Actio Pauliana*, fortè à Paulo quodam Prætore. Dicitur & Reuocatoria actio, sed à generali nomine reuocandi, quod reuocat in fraudem factum, quomodo & Rescissoria dici potest à rescindendo. Sed vt æquitas huius actionis intelligatur, & cui omninò, & quando demum dari possit, aduersus quem, & quomodo, paulò diligentius casus introspiciendus est. Et imprimis videtur durius, hoc ita constitui in possessorem innocentem, qui plus etiam Iuris habere videtur, quàm simplex iste creditor. Nam de creditore hypothecario hic non agitur; sed de eo demum *in §. sequenti.* vt ibi videbimus. Itaque scias, tùm huic actioni locum esse, cum eò peruentum omninò erit, vt creditori aliunde & alio modo ex bonis sui debitoris satisfieri non possit, nimirum, quia debitor condemnatus erit, & post tempus, quod datur iudicatis, creditor officio Magistratus ex primo & secundo decreto in possessionem commissus, bona sui debitoris distraxit & diuendidit; iuxta *titul Pandect. de re indicata, & ibi in l à diuo, § venditione,* & tamen nondum ex his bonis satisfieri ipsi potest: tunc enim, si quid antè in fraudem alienatum erit, id patitur ad extremum inde Prætor hac actione reuocare, vt itidem capiatur siue accipiatur in causam iudicati, perinde ac si alienatum non fuisset, sed in debitoris condemnati dominio & bonis semper mansisset.

Sed iam amplius & in eum demum possessorem talium bonorum datur hæc actio, qui fraudis etiam particeps est, nisi sanè ex causa lucratiua habeat. Quo casu etsi fraudis particeps non est, æquius tamen visum est, damno fraudatorum creditorum consulere, quàm alterius lucro. Hincque emanauit regula: *Magis cauendum ius est, qui certant de damno, quàm de lucro.* Omninò tamen reuera oportuit creditorem fraudatum esse, id est, & voluntate debitoris & effectu; & de his videbis *d. illo tit. quæ in fraud. credit &c. l. 1. 6. 7. 8. 9. 10. item 14. & l. 5. Cod. eodem l. 38. §. in Fabiana. D. de vsuris.* Itaque dabitur hæc actio creditori, cui captis & discussis sui debitoris bonis nondum erit satisfactum. Et dabitur aduersus eum, in quem bona sui debitoris alienata sunt, idque in fraudem, nempè, cum per hoc fraudatus reuera est creditor, & possessor etiam, qui accepit, & in quem res translata & alienata est, fraudis etiam est particeps. *d. l 1. 6. cum aliquot seqq.*

Addita est exceptio: Si ex causa & titulo lucratiuo habet, etsi fraudis particeps non est, tamen erit locus actioni, *d. l. 5. Cod.* Est & alia in re exceptio, nempè, si creditor alius sciat quidem, debitorem post solutionem ipsi factam amplius soluendo non esse, sed ob hoc sibi ante solui voluit & curauit, ob hoc ista actione non tenebitur, id est, non conuenietur. Sibi enim vigilauit, & sic dicitur: *Iura vigilantibus sunt scripta*, vide *d. l 6. §. apud Labeonem. item l. 24. D. eodem.* Itaque in summa, fauore creditorum, & odio fraudis videtur ea actio instituta & comparata.

Et ita his omnibus capitibus notis, vides & intelligis, quomodo proponenda sit ista actio, nempè ita:

Dico & propono, Domine Iudex, Titium, cum deberet mihi aureos 1000. exploratasque satis haberet sui patrimonii vires, in fraudem tamen meam alienasse & vendidisse hortum suum talem, &c. Caio Reo participi eiuscemodi fraudis.

Esse

Esse verò prædictum Titium condemnatum in eadem 1000. & eo non soluente iam ante me actorem in bonorum possessionem missum, atqui ibidem, licet excussis omnibus bonis, non reperire tantum, vnde mihi planè satisfiat. Quoniam vero iniquum esset, Caio Reo eam suam fraudem maximo cum damno actoris lucro esse, peto vestra sententia declarari, eam alienationem esse iniustam & illicitam, eamque rescindi oportere, & Reum condemnari & compelli, prædictum hortum siue fundum restituere, vt perinde actori possidere atque habere liceat, vti possiderem, si in bonis mei debitoris immissio fiat.

§. 8. Item Seruiana, &c.

Quartum nunc subiicit exemplum de actione Seruiana, & quasi Seruiana, sic dicta fortè à Seruio quodam Prætore, quæ actiones pertinent ad defendendum ius pignoris, in quo sanè pignore creditor ius aliquod in rem ad imaginem & similitudinem quandā dominii dicitur habere. Vnde alibi à fine dominii hoc ius in rem esse dicimus. Atqui non hic loquimur de actione pignoratitia, quæ in personam competit, Creditori & rursus debitori, vt soluta pecunia, qua debetur pignus, restituatur, de quibus actionibus dictum est *lib. 3.* Sed hic agitur de actione in rem prætoria. Ad huius tamen plenum exercitium & vsum infinita hic cumulari possunt, qua ratione scribit Apellus, in hoc §. integro anno consueuisse Interpretes consistere. Sed dixi supra, quomodo hic titulus tractandus esset, nulla prope materia per se sola satis intelligi, percipi & declarari potest, sed tamen non sequitur, esse igitur ista omnia vno loco cumulanda, & sæpius tractanda.

De vsu pignorum, & aliis nonnullis locis ad pignora pertinentibus, de locatione & conductione, itidem superioribus libris diximus. Sufficiat itaque nunc ea, quæ ad hunc locum pertinent, pertractare. Sit casus: Sempronius fundum meum conduxit, ea lege, vt mihi quotannis centum loco mercedis det, siue persoluat. Atqui in eundem fundum exercendarum necessariarum operarum causa, equos, boues, aliasque res inuexit & induxit, cum iis prorsus factis, vt eæ res mihi nomine annuæ illius mercedis loco pignoris essent. Accedit post, vt mercedem non soluat, soluereque non possit, & res quoque obligatæ ab illo distractæ & diuenditæ in alterius manus peruenerint. Iam quæstio est, an eas res ab isto tertio & possessore auocare siue petere & repetere possim? Videtur aduersus istum possessorem non esse actionem. Imprimis cum nullo Iure obligatus est actori; deinde verò nec Actor rei dominus est, vt in rem ideo agere possit. Atqui Prætor tamen æquitatem ipsam spectans, ne creditores in pignore decipiantur, actionem ei porrigit, qua rem à possessore auocet, non aliter, quàm si ius aliquod dominii, vel quasi in ea haberet, quod diximus propriè ius in re esse. Et quidem vtcunque is bona fide comparauerit, veluti emerit, tamen oportet rem transire cum sua causa & onere, vt ius pignoris maneat saluum.

Vis & effectus actionis hic est, vt possessor vel pecuniam debitori soluat, vel cedat ei rem possessam. Et sic intelligis, cui ea actio detur, aduersus quem, ad quid; vide *l. si tibi. §. de pignore. D. de pactis. l. Paulus respondit. §. 2. D. quibus mod. pign. soluitur. l. 2. Cod. si vnus ex pluribus hered. credit. & l. debitorem. Cod. de pignor. l. si debitor. Cod. de distract. pign.*

Et vt paulò diligentius id exponam, datur ea actio pro rebus coloni, conductoris, oppignorantis locatori, propter pensionem rei locatæ, aut etiam deteriorationem; & datur aduersus eum, qui rem oppignoratam possidet à debitore vel aliter.

Notan-

Notandum tamen dati quoq; aduersus ipsum debitorem possidentem, nimirum, vt ipsum pignus ad maiorem securitatē cedat. Sed, vt nunc diligentiùs etiā dicamus, quando huius actionis sit locus, sciās hodiè ex posterioribus cōstitutionibus, creditorem istū hypothecarium prius conuenire & excutere debere debitorem ipsum, quàm extraneū possessorem pignoris actione hac Seruiana vel quasi conueniat, adeoque & fideiussores conuenire debet. *Nouella 4.c.2.* Quamquam rursus ex alia posteriori Nouell. quæ est *Nouell 112.c.2.* videtur hoc tamen pertinere ad hypothecam generalem, vt maneat aliud Ius in hypotheca speciali, cùm res certa & in speciem obligata est, vt eam liceat statim auocare. Restat igitur, vt in actionibus his Seruiana vel quasi sic vel similiter agatur:

Dico, Domine Iudex, Titium à me mutuo accepisse 600. & eo nomine mihi obligâsse domum talem, &c. qua ipsius in bonis fuit, atq; pecuniam hanc ipsam antequam solueret, eam domum oppignoratam vendidisse Sempronio, qui nunc possidet. Cum verò non possim ab eo debitore meo & Reo meum consequi, & mea intersit rei meæ potius incumbere, sitque æquum, me non decipi, & rem mihi ante oppignoratam, vtcunque alienetur, tamen transire cum suo onere: Peto iudicari & pronunciari, ius illud à possessore rem meam auocandi mihi competere; & iuberi itaque Sempronium possessorem rei oppignoratæ, vel totum debitum mihi reddere, vel pignori mihi ante oppignorato cedere, prout Ius & ratio postulat, &c.

Sed & deinceps de præcipuis etiam possessoris exceptionibus videndum, & quòd omninò actorem probare oporteat, in quo loco maximè sese fatigant Interpretes. Prius tamen videbimus nunc singulariter & separatim de quasi Seruiana actione & de differentia istarum actionum. *Seruiana* igitur *actio* à Seruio Prætore introducta est de rebus coloni obligatis, nomine mercedis, siue etiam deteriorationis. *Quasi Seruiana* introducta est ad illius exemplum, ex eadem æquitate & ratione ex sententia Prætoris, & vt supra diximus, Res coloni, qui conduxit prædium rusticum obligari nomine mercedis & deteriorationis, sic etiam res inquilini, qui conduxit prædium vrbanum, eodem nomine obligari possunt. Et hunc casum plerique ad eandem illam actionem Seruianam referunt: Dominus Cuiacius tamen ad quasi Seruianam refert. Sed si eum casum in Seruiana relinquamus, dicemus deinceps, quasi Seruianam actionem dari de rebus aliis omnibus extra materiam istam locationis, quocunque modo pignoris nomine obligatis, nempè ad vim & effectum, de quo supra. Itaque dabitur Seruiana locatoribus prædii, vel rustici vel vrbani, de rebus obligatis propter mercedem, vel deteriorationem. Hæc verò quasi Seruiana omnibus creditoribus hypothecariis, de rebus pignori positis aduersus quemcunque possessorem; & iam audiuimus iis actionibus auocari rem oppignoratam à possessore, ad securitatē rei creditæ. Sed vt nunc etiam alterum caput adiiciamus de exceptionibus rei conuenti, ad actionis huius exercitium necessariò pertinentibus, hoc certum est, rem, quæ non fuit obligata, hac actione auocari nō posse, eamque rem, quantum ad hanc actionem, alienare in alium licuisse. Illud etiam constat, rem prorsus alienā oppignorari non potuisse, id est, non valere pignus rei, quæ prorsus aliena est; text. est *in l.6.C. quæ res pignori dari non possunt; l.20.D. de pignoratitia act. l.18. D. de pignor.* Quid igitur, si Reus dicat & excipiat, hæc res tibi obligata non fuit; hæc res aliena fuit, tibi obligari non potuit? Sanè imprimis videndum erit, an fuerit obligata; deinde etiam probandum contra actori, obligari eam rem potuisse; vide *l. ante omnia D. de probationib.* Hoc itaque loco alia capita cumulatim incidunt. Et cum debitor certum quid loco pignoris constituit, res prorsus expeditior est. Sed in generali hypotheca, etiā in tacita, quæ plerunq; generalis est; vide *D. in quibus causis tacitè pignus contrahatur, item*

l.1. & 6.

1.& 6.D. de pignorib. plus occurrit negotii. Imprimis in generali hypotheca conductorum non tamen veniunt & obligantur omnes omninò res. Et de his extant ambigui textus, quos alii aliter explicãt. Deinde aliàs etiam in generali illa hypotheca; veluti, cum conuenit, vt vniuersa bona sint oppignorata & obligata. Sunt tamen, quæ ex legis constitutione non includuntur, quæ obligari nõ solent. De quibus disputant Dd. vbi numerantur quotidianæ vestes, lecti, & supellex reliqua, sine qua quis commodè viuere non potest; vide *l.6.& 7.D. de pignor.& C.tit. Quæ res pignori dari non possint, vbi in l.1.cum similib.* Huc etiam pertinent aratra, & alia, quæ ad agriculturam spectant. Nam & ea pignori capi vetant constitutiones, propter necessitatem colendi agri. *d.tit.C.l.executores.& l. pignorum.* Cætera vide apud Dd. Iasonem & Zasium. Nota etiam hic, ex generali hypotheca posse in quibusdam fieri specialem; veluti, cum creditor mercibus quibusdam manum iniecerit, quo pertinet *l. est differentia.D.ex quibus causis tacitè pignus.*

Et iam imprimis videamus de rebus coloni & inquilini, vbi iterum est differentia. Res itaque coloni omnes, quæ inductæ & illatæ sunt in eum fundum, domino locatori pignoris causa obligantur. Sed hoc tamen ita verum, si de hoc conuentum sit expressa conuentione, *§.interdictum, infra, de interdictis, l. 4.D.in quib.caus.tacitè pign.&c.* & Dominus Cuiacius *hic.* Sed & res coloni pignoris Iure tenentur, non tamen generali pacto; veluti, si cõuenerit vt inuecta & illata pignori essēt, sed etiam speciali. Et hoc quidem facto etiam ea, quæ inducta non erunt, tenentur. Ita idem Cuiacius; & sic accipit *l.si non inducta. C.in quibus causis tacitè pignus.* Hæc ita intelligo, vt, quæ igitur inducta & inuecta non sunt, nec speciali facto tenentur, ea non sint obligata. Sanè ibi nata possunt omninò pro mercede obligari. *l.si seruus §.locaui.D.de fur.* Et hæc de rebus coloni.

Iam de rebus Inquilini. Eius igitur res omnes omninò inuectæ & illatæ in domum eam sine vlla cõuentione tacitè obligantur, *l.4.D.de pactis.l.5.C.locati.l.4.& 7.D.in quibus causis tacitè pign. contrah.* Addit tamen ICtus *in d.l.* quæ, vt ibi sint, illatæ fuerint. Quod post Accursium sic intelligunt: si illatæ sint eo animo, vt ibi perpetuo, id est, non ad temporarium aliquem vsum sint & maneant. Quidam hinc excipiunt libros studiosorum, quasi illi pro mercede, siue pro incolatu non possint obligari. Sed hoc certo fundamento caret. Et si interest discentium libros suos habere & retinere, cur non discunt ex iis, propter quæ præcipuè discunt, nempè, colere ius & æquitatem, iustitiam & gratitudinem; & vt longè rectius in hac quæstione monuit ille D.Phil. Melancht.*in 2. Ethic.* vt sciant hospitii communicationem esse longè rei clarissimæ vsum concedere. Alius igitur, nescio quis, contra ex Cicerone *pro Sestio* ostendit, libros etiam studiosorum pignoris causa capi posse; & nos hoc cõsuetudine obtinere videmus. Et de his quidẽ hactenus. Vbi vides, quomodo & qua via occurri possit obiectioni, eam rem non fuisse oppignoratam, siue non contineri in pignore. Nunc verò, quid si possessor obiiciat, eam rem pignori dari non potuisse, cum aliena sit, quæritur, quod Actorẽ probare oporteat, vt vincat? Et videbatur Accursius docere, probare eum debere, debitorẽ tùm, cum oppignorabat, dominum fuisse. Sed hanc glossam Dynus dixit esse diabolicam. At ICti scribunt in ea controuersia, quam dicunt referre quæstionem dominii ostendendam eam rem, dum oppignoraretur, fuisse in bonis debitoris, *ita in l. ante omnia.D.de prob.& l.si superatus.D de pig.* Aliud est in bonis esse, aliud dominum esse. In bonis esse qui dicit, dicit vt suum & ꝓpriũ bona fide saltem possidere. Sed nunc adhuc quæritur, aduersus quem omninò possessorem habeat necessum hoc probare, siue, quis omninò hanc quęstionem dominii actori in hac causa referre possit? In qua re distingue imprimis duos casus, nempè, aut agitur a-

ctione hac hypothecaria aduersus ipsum debitorem, aut aduersus aliũ possessorem. Hoc verò casu secundo, cum aduersus alium possessorem est actio, sic iterum distingue, aut is ab ipso debitore rem nactus est, aut ab alio quolibet, & aut malæ aut bonæ fidei est possessor. Et iam breuiter, aduersus ipsum debitorem cum agitur, constat, ipsum quæstionem dominii referre non posse. Qua enim fide id faciet, allegans propriam turpitudinem? Magis igitur replicatione doli talis nequitia retundenda est, *l. 21. §. 2. D. de pignorib.* Et nota eũ, qui fraudulẽter rem oppignorauerit, ignoranti nõ modo in id, ꝙ interest, teneri, sed etiã ex crimine stellionatus. *l. 16. D. de pign. act. l. 6. C. si aliena res pign. detur.* Quòd si aduersus alium etiam possessorem agatur, si quidem malę fidei est possessor? Dicẽdum, non posse, siue non debere, istum quoq; quęstionem dominii referre. Qua enim fronte iste quoq; hoc faciet? nimirum, qua fronte dicet: Res tibi oppignorari non potuit ab eo; eius enim non fuit, sed aliena. An non audiet; quo iure tu igitur eam defendes? Dicet forsitan, iure possessionis, siquidem dici solet: *Gaudeant possidentes.* Ergo & hoc hic tenendum est, in ista vellicatione istum esse statum controuersiæ, quis potius & pinguius ius habeat, nisi probetur rem fuisse in bonis debitoris. Sed constat plus iuris esse in eo, ꝙ res prius fuerit oppignorata, & sic transeat cũ suo onere, quàm quod possidet quis postea, etsi etiam titulum habeat, sine bona fide tamen. Dicemus igitur, isto quoq; secundo casu non habere necessum actorem probare ius sui debitoris, & rem in bonis eius fuisse; itaque oppignorari potuisse, sed sufficit ostendere ius anterius siue prius sui pignoris. Progrediamur nunc ad alios casus. Qui rem possidet & habet, non ab ipso debitore, sed ab alio, bonæ fidei possessor esse potest, & ideo rectè referet hanc quæstionem dominii, vt nisi possit probare Actor, rem in bonis debitoris fuisse, nihil agat. Finge: Accepit is à me mutuo mille, & loco pignoris constituit supellectilem quandam argenteam, ex qua postea nonnulla distrahuntur, & emit quædam bona fide Sempronius, non tamen ab ipso debitore, sed ab alio quodam, qui fortè à debitore nactus est, potest hic deinceps mihi vindicanti, actione hac hypothecaria, rectè obiicere quæstionem dominii, vt, nisi probem, eas res in bonis mei debitoris fuisse, ipse obtineat. Iam iterum, si quis ab ipso etiam debitore bona fide accepit, quæstionem dominii vindicanti referre potest, vt voluit Bartol. etsi tamen varius est. Et est communior opinio; & scribit Angelus, ita seruari in practica. Sed vult hic D. Zasius suum acumen ostendere, & ait, quamdiu vixi, non inueni aliquid acutius, & colligit argumenta & defensiones pro actore, de quibus scribit, qui mihi dissoluit, merebitur hæderam. Res autem ita habet: Vult docere, cum quis causam possidendi habet ab ipso debitore, nullo modo posse referre quæstionem dominii, vt dicat, res ea non fuit debitoris, qui oppignorauit, vt probare cogatur Actor, si vult aduersus possessorem obtinere, rem fuisse in bonis debitoris. Si, inquit, obiiciat possessor; res non fuit debitoris; Ergo non potuit tibi obligari. Replicabit Actor: Ergo nec tibi vendere potuit, & proinde prodis tuam malam fidem. Quod si rursus possessor dicat: Non fuit eius res, cum tibi oppignorauit, post tamen factus est dominus, cum mihi vendidit. Iam, inquit, deprehensus est vtrisq; auribus, quia dicet Actor: Igitur tùm; cùm factus est dominus, meum pignus, quod antea habui, confirmatum est, ad quod allegatur *l. rem alienam. D. de pign. act.* Sed audiat nunc iterum Zasius: Si non hoc excipiat possessor, sed potius sic: Ego bona fide emi, putans eum esse dominum, & sic possedi, & adhuc possideo; Postea tamen intellexi, eum dominum rei non fuisse; iam constat, rem alienam oppignorari planè non posse, vt omninò non constet id pignus, emptionem tamen rei alienæ cum bona fide, ex qua existit conditio vsucapiendi, constare & fieri

posse.

posse, certè intelligi nec negari potest, hoc casu plus iuris habere possessorem, (nam hic status est, vt supra indicaui) nisi probet Actor econtra, rem tum in bonis debitoris fuisse, cum oppignoraret. Itaque subtilis ille intellectus Zasii contra communem, ni fallor, concidit. Atq; ita satis de actione hac Seruiana, & quasi, cui detur, aduersus quẽ, ad quid, quæ sint partes actoris, & quid probare eum oporteat. Exercitium harum actionum quoque indicaui in vna specie, & id nobis sufficit; vide etiam de libello Chilian. Goltstein *lib 2. pag. 142. & rursus pag. 145. cum seqq.* Vide etiam Petrum de Ferrariis *in forma libell. in act. hypoth.* Nouissimè sciatur hic, & Saluianum interdictum in hanc causam esse proditum. Sed de eo videbimus infra *de interdictis.*

§. Inter pignus autem, &c.] Dixit his actionibus pignora creditores, hypothecasq; persequi. Dubitari igitur poterat, quidnam inter pignus & hypothecam intersit? Itaque breuiter nota. Primo, quod ad significationẽ vocis attinet, nihil ea differre. Deinde, quod ad actionem, nihil itidem differre. Nam siue de pignore conuenerit, siue de hypotheca, actio hæc hypothecaria competit. At, quod attinet ad pignoris nexum, iusque obligandi rem, vsu inualuit differentia, vt pignus dicatur & accipiatur, quod traditur; hypotheca, quæ conuentione saltem constituitur; vide *l. pleb s. D. de verb. sign. & l. 12. §. 2. D. de pign. act.*

§. 9. In personam quoq;, &c.

Proposuit actiones aliquas prætorias in rem; nunc etiam quasdam in personas commemorabit, easque primùm rei persecutorias. Et proponit actiones has de constituta pecunia, de peculio, & actione de iureiurando, infra tamen alias etiam per occasionem attingit.

§. 10. De constituta pecunia, &c.

Proponit actionem de constituta pecunia, *ex tit. D. de constit. pecun.* vbi primùm videbimus, quid sit constituere, & quibus verbis rectè cõstituatur? Deinde ordine de aliis, quorsum pertineat hæc actio, quibus & aduersus quos dari possit? Imprimis constituere dicimus in hac materia pro spondere siue promittere. *Pecuniam* autem accipimus pro omni omninò re, *vt in l. pen. C. eod.* Iam quod ad verba attinet, sic scribit Vlpianus: *Quibuscunque verbis potest constitui. l. 14. D. eod.* Verbi gratia, cum vel sic dicitur: *Satisfiet tibi à me; satisfaciam tibi; & satisfiet tibi à me & ab illo; & à me aut ab illo, &c.* Sunt & aliæ formæ, vt, *constituo me ad illum diem tibi soluturum.* Sed quid tùm, cùm quis sic se soluturum siue daturum constituit? Equidem nisi de mandato agatur, quo casu ciuilis est actio mandati, nisique hic stipulatio interuenerit, quo casu ex Iure Ciuili ex stipulatione est obligatio & actio, nisi, inquam, hoc ita factum dicatur, sed nudè tamen qui se soluturum, seu daturum constituerit, nuda videtur esse conuentio, ex qua iure ciuium Roman. non nascitur obligatio & actio. At verò prætor, vt scribit Vlpianus *in l. 1. D. nostro tit.* æquitati naturali fauens constituta ex consensu facta custodit, quoniam graue sit fidem fallere. Neque tamen rursus ex nuda promissione & conuentione hanc actionem dat, sed, cùm quod ante debitum est, quoquo modo, hoc est, etiamsi naturaliter tantùm, si quis de hoc constituit, actionem hãc ex constituto porrigit & constituit, quis pro se vel pro alio. Pro alio cum quis constituit, ipsum debitorem principalem non liberat, quasi sit facta nouatio, sed est id veluti fideiussio quædam, id est, ad exemplũ fideiussionis est hoc cõstitutum, & habet nunc quoq; cum fideiussione communia beneficia diuisionis & excussionis; de quib. infra *de fideius.* & vide *Nou 4. item l. vbi quis. D. de const. pec. l. filiusf. D. de in rem vers.* Itaq; id constitutum ad fideiussionis locum ex affinitate quadam pertinet, & dicimus vulgo: *Mandatum præcedit obligationem, constitutum sequitur. Fideiussio & præcedere & sequi potest.*

Hoc etiam tunc ostenditur, quod dici solet: *obligatio naturalis ad constituendum sufficit.* Cùm quis pro se ipso constituit, eò potissimum pertinet, quod ad quæstionem de vsu; cum ita demùm valeat & subsistat (si iam ante id etiam debitum sit) vt, si quis debeat pecuniam, constituat à se deinceps soluturum frumentum; aut si debeat ad diem vel sub conditione, & deinde constituat, se iam statim vel cras daturum, vt dico, tunc ex constituto hoc conuenire possit. Et ita Vlpianus dixit, propter has potissimùm pecunias, quæ nondum peti possunt, constituta inducta videri *l.1.§.pen.& vlt. l.3.4.& 5.cum simil. D. h. tit.* In summa, hæc actio in hoc est, vt fides data seruetur; quandoquidem iustitiæ fundamentum dicitur esse fides, sic dicta ab eo, quòd fiat, quod dictum est. Cicero *lib.1. Officiorum.* Et intelligi satis potest, cui hæc actio detur, aduersus quem, ad quid, quid petatur? nempè: *Narrat Actor, quando Titius ipsi ex mutuo debeat ab annis aliquot 200. quæ post constituit Sempronius se soluturũ, qui tamen & ipse nũc non soluit, implorare se igitur oportere auxilium Magistratus & Iudicis, & petere, vt iudicetur, Sempronium id, quod promisit ex constituto, præstare oportere, & vt in hoc ipsum condemnetur, & legitimè compellatur;* vide Chilianum Golstein *part. 2. pag. 189.* item Oldendorpium *class. 4. act. 8.*

℣. Cui similis videbatur Receptitia.] Nunc ad Recepta. Et recepta quidem imitantur constituta. Est verò recipere promittere. Et valebat ea conuentio apud argentarios de certis quibusdam rebus; de quo vide Hottomannum *hic.* Iustinianus sublata actione, quæ hinc est receptitia, voluit tamen agi sine differentia personarum & rerum actione nostra de constituta pecunia; vide *l. 2. C. de constit. pecunia.*

§. 11. Actiones autem de peculio, &c.

De his actionibus, quę competunt aduersus nos ex contractibus aliorum, dicemus ad titul. sequentem. Obserua saltem hic prætorias actiones esse.

§. 12. Item si quis postulante, &c.

Nunc de actione quadam ex Iureiurando. *Iuramentum est asseueratio sancta & religiosa.* Iurare licere imperitè negabant fanatici & Anabaptistæ. Sed manifestius refutantur ex Scripturis, quàm vt opus sit diligentiori explicatione. Peierare tamen & etiam inuanum & petulanter abuti nomine diuino, non licere, iidem textus diuinarum literarum docent, & ostendunt pœnæ publicæ legibus receptæ.

Formam & modum iuramenti non est, *vt* hic prolixius persequar. Nos iuramus per verum Deum. Iurisiurandi autem in Iure & vsu Politico varius & multiplex finis est. Vnde Iuramentorum variæ species. Primùm iuratur ad stabiliendã fidem, ad cõfirmationẽ negotiorũ & contractuũ, idq; ex arbitrio siue pro arbitrio cõtrahentiũ. Licet itaq; appellare Iusiurandum voluntarium; de quo *in L. iuris gentium. §. & generaliter. D. de pactis. l. 1. C. si aduersus vend. l. rem non nouam. C de iudic.* Deinde est etiam Iuramentum, quod eò refertur, vt melius & certius procedat iudiciũ. Quale est Iusiurandum, quod præstatur de calumnia; quod licet appellare legitimum, quod leges imponunt, & ita necessarium videtur. Tertiò iuratur etiam ad definitionem, siue decisionem dubiæ rei, controuersiæ vel litis. Atq; huic iuramento suo loco licet addere, quod vocant Iuramẽtum Purgationis. De quo in Iure Põtificio, de purgatione Canonica. Sed & iuramentum iudiciale, quod litis æstimandę causa datur, quod vocant iuramentum in litem, huc suo loco pertinet; de quo *D. de in litem iurando.* Sed aliud tamen est illud iuramẽtum, quod speciatim ac propriè dicitur litis decisiuum, vel litium finiendarum causa interpositum; de quo *D. tit. de iureiurando siue volunt. siue necess. siue Iudic.* Et hoc iuramẽtum rursus, vt auditis, triplex est.

Et de

Et de distinctione specierum variè sentiunt. Ego simpliciter consistam in illis, quæ sępius & magna constantia repetit & inculcat Dominus Cuiacius. *Voluntarium* itaque dicit esse, quod à parte defertur in iudicio vel etiam extra iudicium, quod ex pactione & cōuentione partium venit. *Iudiciale*, quod à Iudice defertur. *Necessarium*, quod pars, cui delatum est, refert delatori. Ita ille multis in locis.

Sed sanè de his omnibus speciebus, & de his omnibus iuramentis hic non agitur; verùm de illo tantùm, quod diximus propriè appellari litis decisiuum. Et est elegans textus *ad Ebræos 6.* vbi inquit: *Controuersiæ finis ad confirmationem est iusiurandum*, vide etiam *Exodi 22.* Et Iurisconsultus *in l.1. D. de iureiurando. Maximum*, inquit, *remedium expediendarum litium in vsum venit iurisiurandi religio.* quasi dicat, hoc iuramento præstito lis omnis semel decisa est, quasi metu & reuerentia religionis. Et eò pertinet noster hic §. Ergo de huius dicti & sententiæ processu, siue modo procedendi, eamque rectè & ex æquitate accommodandi hic agi debet, & deinceps examinari natura nostræ actionis. Imprimis non satis videtur tutum, cum Titius agit aduersus Sempronium, quasi dedisset mutuo 100. & alter negat, deque re non constat, committere hoc Reo vel Actori, vt iuret, se mutuo dedisse, vel mutuum se non accepisse. Cogitandum enim nobis homines esse, paucos etiam esse, qui verè timeant & metuant Deum. Et Vlpianus Iurisconsultus scribit: *Multi contemptu religionis faciles sunt ad iureiurandum.* Vide *l. quæ sub conditione. D. de condit. inst.* Atqui imprimis scribit Iurisconsultus, se iusiurandum nemine deferente datum non tueri *l.3 D. eod.* & ibidem loquens de Reo ait: alioquin quisq; ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit. Nota etiam, quod Quintilianus scribit *lib. 5 cap. 6. Improbum est offerre suum iusiurandum.* Deinde verò ostēdunt leges, eum, qui iusiurandum defert, prius iurare debere de calumnia, id est, quod non perfido aut malitioso animo id faciat. *l. 34. §. qui iusiurandum. D. de iureiur.* Et hæc de quibus dicimus, potissimùm spectāda sunt in iuramento isto iudiciali, cùm de voluntario, sanè extra Iudicium delato, non sit tanta quæstio, quod sit in arbitrio suscipere iuramentum vel non. Ergo istis ita præmissis, ad finē controuersiæ oportet iurare. Sed adhuc vnum tamen restat; nimirum, si non vult iurare, si non sit visum tutum iurare, potest tamen adhuc referre iusiurandum, vt is, qui detulit iuramentum, potius iuret, qui etiam hoc casu iuramentum recusare non potest. Neque enim debet displicere conditio iurisiurandi ei, qui detulit. *l.34. §. ait Prætor. l. manifestæ turpitudinis. D. nostro tit. l. 9. Cod. eod.* Adhuc amplius etiam diligentius ista distinguenda sunt, vt videas, vbi habeant locum? Iuramentum itaq; voluntarium, quod extra Iudicium defertur non cogitur quis recipere, sed si recepit, referre tamen non potest. *l.17. § 1. D. eod. & ibi gl. item gl. in c. finali. extra de iureiurando.* Quod in Iudicio defertur à parte parti, id ita oportet recipere, vt tamen liceat referre. *d. l. manifestæ turpitudinis & vide in c. finali.* Quod refertur, necessarium est, & ideo omnino subeundum est. *d. l 34. §. ait Prætor.* Quod Iudiciale dicimus, id subire oportet, & referre non licet, vide *d. c fin. item l.12. Cod. eod.* Sed tamen in hoc sequetur Iudex æquitatem, vt ei potius deferat iusiurandum, à quo est præsumptio, *l. admonendi 31. D. nostro tit. l. in bonæ fidei 3. Cod. nostro tit.* Ergo vides nunc, quomodo & vbi ad finiendam controuersiam & litem iurare oporteat, aut rem & causam amittere. Dubitari tamen adhuc potest, an actor vel Reus alter alteri iusiurādum deferre possit, vt nisi iuret aut referat res expedita sit? Et magis etiam dubitatur, an Iudex inuito etiam altero iusiurandum deferre possit, vt si non iuretur alter vincat? Et imprimis obseruandum est, in causa certa, id est, cum certum est & esse potest, actori

Rrr 3 non

non deberi, etiam reum non debere, iusiurandum nequaquam esse deferendum. *l. 31. D. nostro tit. l. 3. C. eod.* Deinde id etiam constat, Rei partes omninò fauorabiliores esse debere, vt nisi satis probatum sit, Reo dato siue delato iureiurando per actorem aut per Iudicem rem expediri, vt reus liberetur, & absolui possit. Sed de actore magis dubitari posset; anne sese onere probationis liberare poterit, deferens Reo iusiurandum, etsi ipse nihil probat, si reus iurare aut etiam referre nolit? Itē, anne Iudex actori, qui nihil probauit, deferre iuramentum possit, vt ita res decidatur, & ita actor iurās obtineat & vincat? Et hic videtur nobis obstare *l. 4. Cod. de edendo.* Ex qua apparet, actore non probante Reo inuito deferri iusiurandum non posse, vt sic liberetur actor. Verba textus sunt: *Actore non probāte Reus absoluitur, etsi nihil præstiterit.* sed *non probante*, intelligi potest nihil probante aut semiplene, *vt in l. 3. C. de iureiur. & d. c. fin.* Cuiacius dixit, eam legē 4. non semper obtinere. Attamē etsi omninò nihil sit probatum, videtur adhuc tamen, q̄ possit deferri iusiurandum, argu. *d. l. manifestæ turpitudinis. & in text. l. tutor. cū sim.* Et id nonnulli omninò probant, & aiunt Iure Saxon. permitti actori deferre Reo iusiurandū, idq; etiam sine relatione, vt videtur text. indicare, etsi mitigent hoc Forenses, vide *lib. 1.* Landrecht. *art. 6. 7. 15. 18. & lib. 2. art. 22. vbi gl. lib. 3. art. 9. vbi etiam gl.* & Chil König *c. 66.* Facciū *diff. 52.* Reinhard. *diff. 75.* Sed quid si excipiat Reus, sibi non liquere? Sanè constat, non oportere iurare; & qua de re nō liquet, nemo iurare cogitur, cū lex dicat, liquidò iurari oportere. *l. 18 D. eod.* Equidem, qui dubitante conscientia iurat, periurus est *c. homines 22. q. 2.* & citat Sax *lib. 1. art. 6.* Porro verò semiplenū sit, an nō, facti quęstio est; & iure certe definiri non potest, sed prudentis Iudicis argu. & circūstantia ponderari, quæ ipsi fidē quidē non faciunt, sed in suspicionē tamen possunt adducere. Huiusmodi est inter alia probitas actoris, perfidia rei, ꝓbitas aut perfidia testis. Agell. *lib. 14. c. 2.* An etiam vnicus testis per se præsumptionē siue semiplenam probationē inducat, quęritur? Et dicūt vulgo q̄ sic. Gl. *in d. l. 3. C. nostro tit.* Sed sanè vnus testis nullus testis. Valer. Max *lib. 4. c. 1.* Improbat igitur id ex aliis fundamentis D. Cuiac. *lib. 1. feud.* & adducit *l. maritus. D. de quæst.* In summa igitur, vir bonus & prudens sit Iudex in hisce iuramentis, quę vel à se ipso, vel ab actore & reo deferuntur in iudicio, ne facilè videatur aperire fenestrā periurio, vel etiam lędere & violare innocentē. Cogitetur, quanta in his sint pericula. Et sic quidē hactenus docuimus, quando & quibus conditionibus solo iureiurando lis decidatur, q̄ & ipsum argum. & ratio est loco probationis. Loco ꝓbationis dico; neq; enim Iuramentū verè probatio est. Vide *l. 30. l. non erit. cum simil. D. eod.* Atqui cū iureiurando lis decisa est, adeo decisa est, vt etiā retractari causa nō debeat, nec etiā prętextu piurii nouis repertis instrumentis, & ita in celebri illa *l. admonendi 31. D. nostro tit.* Et hoc ideo, q̄ cum alter alteri deferat iuramentū, videntur ipsi inter se litigatores iureiurādo voluisse transigere, vt meritò contra transactionē iuratam non debeat veniri. Vide *in l. 2. l. si tutor. §. 1. D. eod. l. quod deferente. D. de dolo malo. l. 1. D. quarum rer. actio non detur.* Atque ex hoc intelligis id, q̄ diximus, per iusiurandum litem decisam retractari nō posse, ad iuramentū saltem voluntarium & necessarium pertinere, non ad iudiciale, q̄ à Iudice defertur. Id enim retractari potest, *vt in d. l. admonēdi.* Iam addamus quoq;, quæ res & causæ ita per iusiurandum decidi possint, vel nō. Sed prius tamen aliud adhuc, ad exercitiū huius iurisiurandi decisiui pertinens, adiiciamus, nimirū, remissum quoq; iusiurandum esse loco pręstiti. *l. 9. D. eod.* Et magna pietas, cum vides aduersarium paratū iurare, & tamen peieraturum, remittere, ne vniuersa ciuitas, vt ille dicebat, religione videatur obstricta. Vide etiam *c. illum qui 22. q. 5.* Atqui interim is, qui paratus fuit peierare, nihil habet excusationis, quo minus

nus coram Deo sit periurus. Quantum enim in ipso est, voluit peierare. Vide *c. iuramenti dict. 22. q. 5.*

Nunc ad locum, de quo supra. Et quidem docet ICtus *in l. 3. & l. 34. D. eod.* quascunque cõtrouersias iureiurando ita decidi posse. Iulius Paulus tamẽ *lib sententiar. tit. 1.* sic scribit: *In pecuniariis causis, si alter ex litigatorib. iusiurandum deferat, audiendus est, hoc enim & compendio litium, & aequitatis ratione prouisum est.* Hinc igitur benè infert Dn. Cuiacius, litẽ criminalem iureiurando non decidi. Nominatim nunc hoc etiã addendum, causas matrimoniales iureiurãdo decidi. Et hoc iure frequentissimo. Vide *c. mulieri extr. de iureiurando.* Veniamus tandẽ ad actionem nostrã & casum nostri §. 1. Hic fateor, in casu & proinde in libello mihi cum aliis non cõuenire, & liceat hoc cum ipsorum venia & pace, tum me cogit veritas, vt puto. Hunc §. & locum omnes accipiunt & intelligunt de iuramento q̃ à parte parti defertur in Iudicio, & id cõmuniter vocant iuramentum iudiciale. Miror cur iudiciale, cum id potius à Iudice deferatur? Nec nocet etiam inscriptio Tituli & ordo. Theodorus Balsamon vocat necessarium. Rectius Graeci necessarium aliò referũt ex vi verbi & rei. Et ideo his Authoribus oportebit illud iuramentum, de quo hic agimus, volũtarium etiam esse; & id sequitur D. Cuiacius Sed nunc videamus, an hic locus accipi possit de eo iuramento, q̃ à parte parti in iudicio defertur? Non videtur. Nam cum in Iudicio ritè iuratum est, & iuratum esse constat, scribitur Praetorem coactur ũ Reum, vt soluat, itẽ condemnaturum vt sic videatur parata esse executio, & non sit opus actione, de qua *hic* vide *l. 31. 34. §. ait Prator. & §. fin. D. eod. l. post rem D. de re iudic.* Et sanè iusiurandum & confessionem IC. ibi aequiparat. Quid autẽ de confessis dicatur, vide *in l. 1. D. de confessis.* Ergo apparet, de alia specie iurisiurandi hunc locũ accipiendum. Et puto de eo iuramento, q̃ pars parti detulit extra iudicium, de quo *in l. 17. in princ. & l. 28. in fin. D. eod.* Et ita omninò scribit hic Hottomannus. Pulchrè quoque in suis casibus Cornelius Fibulanus. Faciam igitur cum illis casum in hunc modum. Mouet mihi Titius litem, & dicit me sibi debere 30. Id ego nego. Sed cum non cessaret durius instare, & me iãiam in ius vocare, iusiurandum ipsi detuli, num velit iurare, rem ita esse, & me ista debere. Iurat ipse de hoc. Quaeritur nunc, an propter hoc iusiurandum vinculum obligationis mihi iniecerim, vt contra me agi possit? Videtur quod non. Sed vtut sit, Praetor vim iurisiurandi tantum esse iudicabat, vt hoc nomine conueniri possim. Ergo si deinceps soluere detrectauero, actio aduersus me dabitur in factum ex iureiurando, quia proponit aduersarius se iurasse; vt ita finis & exitus huius actionis sit, vt si saltem probetur, & constabit, aduersarium iurasse, cogar soluere, nec proderit etiam negare amplius velle, me tamen non debere reuera. Nam &, vt supra dixi, iureiurando videor voluisse transigere, & iusiurandum mea pactione & conuentione praestitum de re certa est, & quam sine periculo animi praestare potuit. Si autem aduersarius peierauit, Deus erit vltor, *vt in l. secunda. Cod. nostro tit.* Et verissimè Cicero *in libr. de legibus* dixit: *Periurii poena humana dedecus est, diuina exitium.*

Porro verò interpretes aiunt, vtili actione ex contractu, nimirum qui praetenditur, agi posse, veluti ex mutuo, & sic sanè iusiurandum videbitur non loco probationis in actione. Et sic deinceps ii disputant de eo, si formiter vel informiter iuratum sit, quod dum explico, nolim accusare diligentiam bonae fidei. Scias itaque illud, aut iurat quis, Titium sibi debere, addita causa contractus delicti, vel quasi, vnde fit actio aliqua vsitata, veluti mutui; aut iurat nulla addita tali causa, sed ex facto tali, quod sit aptum ad producendam secundum aequum & bonum obligationem & actio-

& actionem, etsi non habeat propriam & nominatam actionem. Hic itaque vsitata actio, vt loquimur, dari non potest, quæ non est, sed ex iureiurando saltem agetur & narrabitur factum. Ibi illa vetus actio vtilis dari potest. Ergo non hoc hic agitur, vt informe iusiurandum sit, quod sine omni omnino causa est. Et quæ esset hæc æquitas, vbi Iudex manifestam calumniam deprehendere potest? Et tamē hęc & huiusmodi quidam proponunt. Disputant etiam, an sit hæc actio datiua, an natiua? Sed ista, quibus pura Iurisprudentia contaminatur, irreligioseq; violatur, non nouit erudita antiquitas. Vtantur tamen suis glandibus, qui frugibus vti nolunt. Sed vtinam saltem ex Iuris doctrina non discerent etiam violare conscientiam, quod absit à bonis. Tu vide Io. Oldendorp. *class. 1 act. 9.* Ad rem. Ergo instituetur actio ad hunc vel similem modum: *Dico, Domine Iudex, me à Sempronio nuper petiuisse 30. qua mutuo dederam, & cum ipse id pernegare non desisteret: & tandem mihi detulisset iusiurandum illud me acceptasse, & sic iurasse, 30. mihi deberi, nihilominus Sempronium Reum 30. nondum dare & soluere; Itaque vestrum imploro officium, & peto Sempronium Reum in d. 30. condemnari, condemnatumq; compelli ad soluendum, pro vt ius & ratio dictat, &c.* Vide etiam præd. loco Dominum Oldendorpium, item Chilianum Goltstein *pag. 192.* Et nunc quidem satis intelligi posse puto, cuinam hæc actio detur, aduersus quem, quomodo, ad quid, & quæ sit eius actionis Vis & Finis? Alia plura, quæ pertinent ad materiam iurisiurandi, seu iuramentorum, suo loco proponemus.

§. 13. Pœnales quoque actiones, &c.

Proponit nunc etiam actiones quasdam prætorias, pœnales ratione quadam delicti. Earum prima est de albo corrupto. Secunda ex edicto de in ius vocando, cum facta est in ius vocatio irreuerenter, vt audiemus. Tertia ex edicto, ne quis eum, qui in ius vocatur, eximat. De his ordine & breuiter. Primum de actione albi corrupti. Hæc actio datur aduersus eum, qui id, quod perpetuæ iurisdictionis causa à Prætore & Magistratu propositum est, nempe in publico loco, vt quisq;, qua de re Prætor & Magistratus edixerit, cognoscere possit; qui inquā id ipsum dolo aut petulanter corruperit, id est, abstulerit, fregerit, ruperit. Nam & in hac re contemptus est Magistratus, & interest tū publicè tum ciuium omnium, ne hoc liceat impunè & ne sit inultum. Dixi, *dolo vel petulanter*, quia imperitiæ & rusticitati hic parcetur. Porrò datur eadem illa actio 500. solidis, siue vt alii 50. aureis. Et is, qui nō habet in ære, iubetur puniri in corpore. Et datur quidem actio cuiuis è populo, id est, popularis est actio. Textus est *in l. si quis id 7. D. de iurisdict. omn. iud.* Et ita vides, cui detur hæc actio, aduersus quem, ex qua causa, & quando locum habeat, ad quid detur & quando, nimirum agit vnus quilibet ex tali populo, & ponit narrans factum, quādo Magistratus edictum de tali vel tali re proposuerit, q Titius cōciuis dolosè sustulerit, & ita in pœnā inciderit, cum cuiuis è populo intersit, se proponere & petere, vt in 50. aureos ob id condemnetur. Illud quæsitum est, ad quem ea pœna pertineat? Ad actorem pertinere Accursius hic notat. Sed verius videtur diuidenda esse inter actorem & fiscum, *vt in l. lege Cornelia. §. vlt. D. de SC. Syllaniano*, & id probat D. Cuiacius.

℣. Et in eum, qui patronum, &c.]

Iam ad alteram actionē. Ea est aduersus eos, qui parentes patronosue in ius vocant sine venia. Et datur læso, id est, ei, qui ita inciuiliter & importunè in ius vocatus erit, idq; in pœnam 50. aureorum. Et hic quoq; expressum est, vt qui non habet in ære, luat in corpore. Vide *D. de in ius voc. l. pen & vlt.* Porrò quod de parentibus & patronis dicimus, de aliis quoque scribitur personis, qui sunt loco parentū, vt sunt domini, præceptores, &c.

Et sal-

Et saltem notum est illud, quod scribit Iuuenalis de maioribus nostris Satyr. 7.

Qui praeceptorem inquit *sancti voluêre parentis*
Esse loco, &c.

Modestinus itaque scribit: *generaliter eas personas, quibus reuerentia praestanda est, sine iussu Pratoris in ius vocare non possumus. l. generaliter. D. d. tit.* At verò in ius vocare, est iuris experiundi causa vocare, & ad eum vocare, qui ius dicturus est, *l. 1. D. d. tit. & infra §. fi. de poena temerè litig.* Cum venia verò vocare, est cum permissu praetoris vocare, & ita vocare, vt causa cognita permittat praetor vocare. Et, ni fallor, pręscribebat hic etiam modum, de quo vide *l. 10. C. illo tit.* Illud notandum, non exc[illegible]ri hic rusticitatem, cum naturali ratione honor debeatur, *ita in l. 2. Cod. de in ius vocan.* Aget igitur verbi gratia sic:

Coram vobis, &c. significo in ius me vocatũ à filio, liberto, siue discipulo meo, immodestiùs sanè & sine vestra etiam venia. Quod cum aequitati & iuri etiam scripto aduersum sit, peto ob hăc irreuerentiam & importunitatem Reum condemnari & puniri, vt mihi det & soluat aureos 50. aut sanè si id ob inopiam non possit, vt à vobis, pro vt dignum & iustum sit, legitimè in corpore puniatur.

℣. Item aduersus eum, &c.] Nunc de tertio exemplo, ꝙ itidem pertinet ad in ius vocationem; nimirum, si quis in ius vocatum vi eximat, & in eum legis actio esse debuit ei, cui per hoc nocitum est. Tenetur autem in id, quanti res est, quae petitur, id est, de qua est controuersia. Quod ita accipi debet, vt etsi calumniator sit in ius vocans, tamẽ hanc poenam persequatur actor. De calumniis enim non is priuatus, sed Iudex iudicare debet. Et hoc ex tit. *D. ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat, & ibi in l. 1. & 5.* Quare sic dicit & proponit actor: *Se Sempronium in ius vocasse, cum tamen à Caio per vim exemptum esse, vt in ius non perduceretur, & ideo se petere, vt Caius, quanti ea res est, de qua controuersia est, condemnetur, &c.*

§. 14. Praeiudiciales actiones, &c.

Sequitur alia species actionum quasi realium. Sic enim dicit: *In rem esse videntur.* Eae dicuntur praeiudiciales à praeiudicio. Atqui in hoc capite doctrinae satis difficili & obscuro haec potissimum quaeruntur. Primò, quorsum in summa hae actiones pertineant, & quae sit vera earum definitio? Secundò, quot sint species harum actionum? Tertiò, quis in iis actor sit, siue quis actoris partes suscipere debeat? Quartò, dicendum etiam est, vnde dicantur? Et imprimis pertinent hae actiones ad statum hominum, & dici poterit pro definitione: *Actiones praeiudiciales sunt, quibus agitur de statu hominum.* Et sic sanè Thallelaeus interpres Graecus scribit, *ad l. ea quae. C. de liberali causa.* Et ita harum actionum fundamentum est *ex libr. 1. Institut.* Atque ibi status triplex indicatur; nimirum; aut sunt homines liberi aut serui, aut ingenui aut libertini, aut filiifamilias vel patresfamilias.

Et sic sunt saltem tres species harum actionum. 1. An quis seruus sit, vel liber? 2. An ingenuus vel libertinus? 3. An filius, vel non? Idque disertè affirmat D. Cuiacius & item Placentinus. Quod tamen amplius etiam ad rationem huius appellationis attinet, putant praeiudiciales has dici à pręiudicio quodam, nempe quod plerunque eas sequantur aliae actiones & quaestiones, quibus ipsae iudicium faciunt. Verbi gratia: Titius postulat operas à Dauo liberto suo. Dauus se liberum dicit. Cogit Prętor Titium sponsionem facere, ni suus libertus sit, eique actionem dat, quę dicitur pręiudicialis, quia valdè pręiudicat fu-

turæ causę. Nam si libertus iudicatus sit Dauus in sequenti iudicio Titius probationis causa hanc sententiam proferet. Ita hunc casum formulat Conelius Fibulanus. Et eodem modo si alius dicit, hunc Dauum seruum suum esse, ipse contra, se liberum esse, præiudicium est. Et si iterum dicit vnus Caium filiumfamilias esse & in sua potestate; alius contra, se filiumfamilias non esse sed patremfamilias, seu emancipatum, præiudicium est. Et ita si disputatur de partu agnoscendo, veluti, vt agnoscat, & alat partum tanquam parens, quæstio est an sit eius filius & filiusfamilias? Quod non erit, nisi sit vxor illa. Huc pertinet *l. 3. D. de liberis agnosc.* vt eruditè D. Cuiacius, & vide eundem Dominum Fibulanum. Quando autem probetur, siue probari debeat de hoc statu hominum, id desumendum est *ex lib. 1. de seruis, de libertinis, de ingenuis, de filiisfamilias.* Et huc pertinent multæ leges *Cod. sub tit. de probationib præsertim L. 10. 17. & 22.*

Sed potissimum nunc explicandum erit, quis probare debeat, siue quis actor intelligatur & actoris partes sustinere cogatur, quantum ad probationem, nempe isne, qui dicit se liberum, aut qui dicit seruum hunc esse? De hoc itaque dicitur scriptum esse *in l. generaliter. D. de except. generaliter*, inquit, *d. l. in præiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit*. Sed primum quid hoc est dicere? Deinde quid, quod illa lex ponitur sub tit. (Est enim exceptio præiudicialis, vt, si alter operas petat, alter excipiat, se eius libertum non esse, aliud est actio, aliud exceptio.) Audiamus de vtroque hoc Dominum Cuiacium. Ait, illam *l. generaliter* esse transpositam, & potius ad finem tit. *si libertus ingenuus esse dicatur.* ponendam, vbi de actionibus præiudicialib. Deinde quod ad sensum attinet, in præiudiciis exponit præiudiciales actiones, & postea latius dicit: Sensus legis est, vt is sit actor, secundum cuius intentionẽ data & concepta est actio, vt si daretur actio: Si apparet Lucium Titium esse Dominum, Lucius Titius actoris partes sustinebit. At si ita detur actio: Si appatet Caium liberum esse, Caius aget. Et proculdubio hic aspiciebatur, quis in contraria possessione sit. Et omninò nos nunc dicimus, eum, qui petit contra eum, qui in contraria possessione est, actorem fore, veluti si alter in possessione libertatis sit, alter seruum esse dicat. Ergo videtur sic proponi posse: *Coram vobis, Domine Iudex, comparet Titius, proponit ac dicit, Dauum seruum vel libertum suum esse, & petit vestra sententia pronunciari, hunc ipsum seruum suum esse.* Vide *de actionib.* item de libello D. Melch. Kling. Et faciunt isti hominè de hac actione etiam vtiles actiones præiudiciales. Vide de hoc D. Oldendorpium *class. 3. act. 9.* & in iure Saxonico *lib. 3, artic. 32. vbi glossa.*

§. 14. Sic itaque discretis actionibus, &c.

Exposuit huc vsque præcipuè primam illam, &, vt ipse vocat, summã actionum diuisionem, quod aliæ in rem sunt, aliæ in personam, nisi quod interiecit etiam aliam diuisionem. Nunc ad illam superiorem diuisionem redit, & distinguit amplius has ipsas actiones suis nominibus, suis proprietatibus agendi, ponendi, concludendi. Sed de hac re supra satis diximus. De iure antiquo, siue de antiquissima formula, & de iure vindiciorum videbis Ciceronem *in Orat. pro Murena.* item Agell. *lib. 20. cap. 9.* & alios.

Et de veteribus etiam denunciationibus vide in antiquis quibusdam monument. & apud Carolum Sigonium *in lib. de antiquo iure Rom.* Quomodo etiam olim certis formulis atque notis actiones dabantur, ne qua

ne qua facilè earum mysteria intelligi possent, & impetrabantur etiam à certis hominibus, veluti à Prætoribus, de hoc pulchrè quoque scripsit Iacob. Reinhardus *in libello de auctor. prudentum. C. de legis act.* Sed & qui non rectè agebat, etsi in verbulo etiam vno errasset, causa cadebat, quod testatur Suetonius in vita Claudii *cap. 14.* & Quintil. *lib. 7. cap. 1.* De his igitur antiquitatibus consule locos & auctores iam citatos. Nos, Dei beneficio, eis nunc non vtimur, nisi quòd homines haud boni semper pergant calumniari iura, de quo cōqueritur D. Zasius *in l. 2. §. deinde ex his leg. D. de orig. iur.* & Budæus cum alibi, tum maximè *in l 1. D. de iust. & iur.*

Olim quidam inuentus est, qui cornicum oculos, vt ait Cicero, cōfixit, & Iurisconsultorum talem sapientiam vanam & ridiculam, quæ consistebat in formulis & factis temporum, toto choro exposuit & populo diuulgauit, ne amplius possent sibi vani placere in his mysteriis, vt Cicero per Ironiam appellat. De hac re idem Budæus *in d. l.* & Iurisconsulti *in d. l. 2 §. postea cum Appius Claudius.* vbi idem Zasius, & omnium extricatissimè Cicero *in Orat. pro Murena.* Atqui omninò oportuit ius causis ipsis potius scribi, quàm, vt Cicero vocat, factis istis & carminibus compositis notisque, quæ cum occulta sunt, admirationi sunt, sed cum promulgantur, inanissima prudentiæ reperiuntur, fraudis autem & stultitiæ plenissima. Quo solùm fit, vt rebus optimis, veluti sacrosancta nostra iurisprudentia, in perniciem hominum abuti soleant homines pessimi. Sed ad rem nunc. Quintilianus itaque *d. loco.* ex Antonio citat, periculosum esse, si in vno verbo erratum est, causa cadere. Claudius quoque Cæsar, de quo apud Suetonium, actiones solitus est restituere. Et omninò hæ subtilitates & verborum aucupiæ sublatæ creduntur per salutarem illam Constitutionem Principum *sub tit. C. de formulis & impet. sublatis.* Et dixi de his supra quoque de obseruatione Cameræ Imperii & ex D Mynsing. *Simplicitas,* inquit Iustin. *amica est legibus.* Porrò, quo ad hūc locum præsentem, sublatis igitur & emendatis his subtilitatibus vindiciorum, item denunciationum, manent tantū nomina, vt actiones in rem dicantur vindicationes. Et significat sanè vindicare inter cætera dominium, & ius aliquid sibi asserere. In personam verò actiones & condictiones etsi hodiè non fiunt ante denunciationes, sanè humanitatis tamen est, non ante in ius vocare, quàm ante compellaueris; & inde vsitatum est in libellis hæc addere formalia: *Et sæpius tamen monitus, nondum tamē satisfacit.* Verum quidem est, tempus ipsum compellare, sed quid hoc est rursus amicè ante monere? Vide hic Zasium. Porrò possunt eæ actiones in rem & vindicationes amplius adhuc distingui. Sed de hoc supra monui, quomodo & actionum in personam & condictionum plures dicantur species. Et numerantur condictio certi, ex mutuo, condictio incerti, indebiti, furtiua, condictio ob turpem causam, de quibus *in tit. D.*

℣. Planè odio furum, &c.] Dixit, nō posse Dominum rei cōdicere, id est, ita agere, ac si in personam ageret, nempe, aio Titium mihi dare oportere. At hac regula excipit condictionem furtiuam, quæ datur domino rei aduersus furem, cum tamē actio sit in personam. Et cur non sit dominus, id mirum est contra regulam. Sed scribit odio furum id factum esse. Verum de hac actione postea, vbi de furib.

§. 17. Sequens illa diuisio, &c.

Sequitur alia actionum diuisio & distinctio, spectans causam Finalem, & vt scias atque intelligas, ad quid detur actio, & quis sit actionis exitus, in quo plurimū est momenti. Est autem distinctio hæc, quod actiones aliæ sint rei persecutoriæ, aliæ pœnales, aliæ etiam mixtæ, id est, aliæ sint com-

paratæ persequendæ rei gratia, aliæ pœnæ persequendæ causa, aliæ etiam vtriusque rei gratia. Et sunt nunc huius §. duæ partes. Prima, vt definiamus has ipsas species, & videamus, quid propriè sit pœnalis vel rei persecutoriæ actio? Secunda, vt regulis aperiamus, quæ sint actiones istæ persecutoriæ rei, quæ pœnales? &c. Ad partem primam. Et vt vites incommoda alia & varias obiectiones, obserua breuiter, rem conferri cum pœna, & rem opponi pœnæ, vt, qua actione non persequimur ipsam tantum rem, ea necessariò pertineat ad pœnæ constitutionem, & econuerso. Et præterea etiam pœnam, hic intelligimus pœnam legis, siue legitimam, vt vocant, id est, quæ iure & solius legis vi constituta est, veluti, pœna furti. Et ex his nunc sequitur, si quæ sunt aliæ actiones, quæ huiusmodi pœnam non habent & non persequuntur, vt eæ sint actiones rei persecutoriæ, siue in rem sint, siue in personam, idque vel ex contractibus inter viuos, vel ex vltima voluntate. Imò si pœnam etiam exigimus in conuentionem & stipulationem deductam, quæ solet dici pœna conuentionalis, puta, ni ita feceris, dabis pœnæ nomine 100. Rei persecutoriæ est actio, quod non subest vlla talis vera pœna. Amplius tamen etsi id petamus & exigamus, quod reo quidem durius videbitur, ea ratione quia plus exigimus, quàm est damnum, quod ipse dedit; si tamen actor id solum, q͂ abest, & quod ipsius interest, exigat, vt fieri potest in actione legis Aquiliæ, vt supra *lib.* 4. de lege Aquilia audiuimus, non pœnalis est actio, sed rei persecutoria. Non enim vera pœna vlla est. Sanè si actor aliquid amplius petat, quàm sibi abest, nempe ad coercendum reum legitimam pœnam, veluti à fure duplum vel quadruplum, pœnalis est actio. Et sic itaque dicitur: *Rei persecutoria sunt actiones, quib. persequimur id, quod ex patrimonio nostro abest. Pœnales, quibus amplius etiam quid.* Ita *in l. in honorariis. D. de obligationibus & actionib.* Nunc ad partem secundam. Pro regulis autem sic docemus: Rei persecutoriæ sunt actiones, primum actiones omnes in rem: Persequimur enim illis tantum, q͂ patrimonio nostro abest, vt ante id declaratum est, & non legitimam aliquam pœnam, & id iam ante hoc ipso tit. multis exemplis audiuimus. Sic igitur rei persecutoriæ sunt actiones rei Vindicatio, actio Confessoria & Negatoria, Publiciana, Rescissoria, item Pauliana, Reuocatoria *ex tit. qua in fraud. cred.* Hypothecaria, Seruiana & quasi, præiudicialis denique actio. Deinde actiones quoque ex contractu vel quasi, quomodocunque contrahatur, re, verbis, literis, consensu, rei persecutoriæ sunt, de quibus omnibus supra *lib.* 3. veluti *ex tit. lib.* 3. 15. actio Mutui, Commodati, Depositi, Pignoratitia, *ex tit.* 16. actio ex stipulatione, *ex tit.* 24. actio ex empto, ex vendito, *ex tit.* 25. actio Locati, Conducti, *ex tit.* 26. actio pro socio, *ex tit.* 27. Mandati actio, *ex tit.* 28. actio negotiorum gestorum, tutelę, cõmuni diuidundo, familiæ erciscundæ, actio ex testamento siue debitorum, & denique actio indebiti. Huc etiam pertinent actiones prætoriæ, de quib. supra de cõstituta pecunia in factum, ex iureiurando, de quibus omnibus & eorum exercitio dictum est *lib.* 3. vnumquodque suo tit. & loco.

Iam ex diuerso actiones ex delictis vel quasi descendentes pœnales sunt, aut sanè mixtæ, de quibus id quidem iam ante proposuimus *lib.* 4. Et huc itaque pertinet *ex tit. huius lib.* 1. actio furti, *ex tit.* 2. actio vi bonorum rapt. *ex tit.* 3. actio legis Aquiliæ, vt plurimum, *ex tit.* 4. actio iniuriarum, *ex tit.* 5. actio contra Iudicem malè iudicantem, actio de effusis & deiectis, actio de eo, quod periculosè suspẽsum est, actio aduersus nautam, cauponem & stabularium, ob istorum culpam & quasi delictum. Huc pertinent & actiones prætoriç supra hoc nostro tit. propositæ, de albo corrupto, de in ius vocato sine venia, aut etiam exempto per vim. Et has quoq; omnes actiones & earum exercitium iam

iam ante expositum & indicatum est, & si quid desideratur, aut desiderari posset, proposuimus etiam generalem actionem conficiendi libellos. In summa tamen in actionibus istis rei persecutoriis conclusio est, vt aduersarius ex tali vel tali causa rem, puta nostram rem ipsam, quę nobis abest, reddat, restituat, vt condemnetur dare, facere, pro natura contractus, mutui, commodati, &c. In actionibus verò pœnalib. vel mixtis narrato delicto cum circumstantiis, petimus eum legitimè condemnari ad soluendum nobis pœnam dupli, quadrupli, &c. vel vt vna cum re det & soluat pœnam, & plerunque addimus, lege talem pœnam esse constitutam; veluti: *Dico & propono, Titium aduersarium vi bona mea rapuisse, & sic ex legis dispositione, vel ordinatione quadruplum, nempè, vna cum re ipsa triplum adhuc nomine pœnæ debere, & vt in hoc eum legitimè condemnetis peto.*

Illud iterum saltem monendum est, actiones mixtas esse, quibus præter rem ipsam, quæ abest, & vna cum re ipsa pœnam persequimur, vt in hac ipsa actione quadrupli, actione vi bonorum raptorum. Porrò verò, etsi diximus, actiones ex contractu, vel quasi rei persecutorias esse, ex delicto vel quasi pœnales, tamen in vtroque membro excipiunt, nempè actio depositi ex contractu est, sed quatuor tamen casibus, si quid incendii, ruinæ, tumultus, aut naufragii causa depositum erit, pœnalis est actio in duplum; ita vt duplo tamen insit res ipsa; mixta igitur & hæc contra inficiantem. *D. depositi. l.1.* & ita hic etiam annotatum est. Contra cōdictionem furtiuam ex maleficio furti constat esse, & tamē est rei persecutoria. *l.7. D. de cōdict. furt.* Et iam videndum de hac actione. Quæritur, cur ista quoque actio in furem esse debuit, cum videatur sufficere actio furti, & rei vindicatio, quia si rem tuam à fure auocare & repetere voles, eoque contentus sis, habes in rem actionem & rei vindicationem; habes adhuc amplius eius quoq; actionis pręparatoriam, nempè actionem ad exhibendum, *supr. de furt. §. fin. item D. de condict. furt. l.7. & 8. l.12. C. de furt. cum similib.* Quod si pœnam ob delictum furti in te commissum exigas, actionem furti pœnalem habes. Et nunc primum quomodo domino actio in personam dabitur, qua agat dari oportere. Sed scribit Iustinianus, *odio furum id fieri*, significans contra regulam Domino dari condictionem, quasi degeneraret hic condictio, vide *l fin. § fin. D. de vsufr. quemadm.* Hoc porrò odium in eum ponit, vt plurib. actionibus teneatur; vide *l. cum filius. §. variis. de legat. 2. item l. qui furtum. D. de condict. furtiua.* Sed quorsum tamen hæc actio, cum, vt dixi, videantur sufficere superiores? Hoc fortassis cōstabit ex natura hu9 actionis. Audi igitur. Hæc actio datur domino aduersus furem, nō vt possessorem, sed vt furem, vt non pœnam, sed rem ipsam satis habeat persequi & consequi. Proinde cū in rei vindicatione Actor se dominum esse proponit, & Titium rem suam possidere, hic, id est, in actione furtiua, non satis hoc est, sed cum agit Actor, Titium eam rem sibi dare oportere, simul causas assignare oportebit, quia furto facto abstulerit, vt sic simul factum hominis notetur. Vnde putant sic agendum esse: *Dico Titium nuper argenteum poculum furto abstulisse, idque meum esse, peto igitur vt damnetur, vt id ipsum mihi det siue restituat.* Vide Hottomannum *supra d. §. sic itaque*, & ibidem Dominum Zasium. Cætera de condictione hac vide *in ipso tit. Pand. de cond. furt.* Illud adhuc in hoc textu nota, actionem legis Aquiliæ ob inficiationem rei crescere, vt sit pœnalis, siue potius mixta, puta in duplum, de quo supra. *tit. ad legem Aquiliam. & tit. lib. 3. de obligat. ex quasi contractu.* Idem etiam respōdetur de actione legatorum, cum legatum est datum Ecclesiæ, aut ad pias causas, *vt infr. eod. §. sed furti, & tit. lib 3. de eo.* Hæc tamen actio legatorum non solùm ex inficiatione & mendacio crescit, vt sit pœnalis, sed etsi quis cessauerit tale legatum soluere, tūc propter moram fit pœnalis dupli, vt intelligat illud: *bis dat qui ci-*

tius dat, & minus dat, qui tardius dat, ita hic, & rursus infra *d. §. furtum.*

§. 20. Quædam actiones mistam, &c.

Hæc aliò pertinent. Sed apparet, Iustinianum mētione mistarum actionum, de quibus iam dixit, cogitasse mixtas actiones alio etiā modo dici, nempè, quòd partim in rem sint, partim in personam, & ideo hæc nunc etiam adscripsisse, ad declarationē latiorem diuisionis primæ, qua dicebatur, actiones partim in rem, partim in personas esse comparatas. Sunt igitur hæ mixtę actiones, nempè, quæ simul in rem sunt, & in personam, & de vtraque causa, de natura vtriusque participant actiones illæ ex quasi contractu, cōmuni diuidundo, & familiæ erciscundæ; de quib. dictum est *lib. 3. tit. 28.* Huc pertinet & actio finium regundorum. Sed ea tamen ex quasi delicto potius esse videtur, vt alio loco indicabitur. Ergo cum hæ actiones locū habeant, familiæ erciscundæ inter coheredes maximè de diuidenda hereditate. *D. famil. ercisc.* & altera communi diuidundo inter alios quosdam, inter quos est rerum communio de commodo, idque diuisione *D. communi diuid.* & in hac re, siue in his rebus accidat, vt alter solus possideat cum effectu, fructus percipiat, impēsas faciat, petit Actor vtrumq;, & vt præstationum istarum personalium ratio habeatur, & deinceps res sua, pro sua nimirum parte domino, & pro domino adiudicetur. Vbi illud etiam valet, vt si fiat, vt res diuidēda sit, commodam tamen diuisionem non recipiat, vt homo, equus, alteri adiudicetur tota, qui vicissim alteri in pecuniam, vel aliter damnetur. Et sic sanè meritò in rem & in personam est actio, id est, mixta, & narrat Actor factum, quomodo hereditas Titii patrui inter se & Caium cōmunis sit, quam hactenus pro indiuiso Caius possederit, & nunc sæpius monitus & rogatus, eam commoda ratione diuidi non patiatur. Petere se igitur, vt Iudicis arbitrio & iussu hereditas inter fratres, & res in ipsa hereditate contentæ æquis portionibus diuidantur, & cuilibet pars sua adiudicetur, & si alicuius persona aliqua in re prægrauari posse videatur, vt eo nomine per iudicem alter alteri certa pecunia condemnetur, habeatur ratio eius, quod Titius solus fructum aliquamdiu percepit, & cæterarum præstationum personalium, quæ allegabuntur & probabuntur. Sed de his iam ante dictum est *lib. 3.*

§. 21. Omnes autem actiones, &c.

Alia est actionum diuisio tertia, aut cum illis de Prætoriis & Ciuilibus quarta. *Actiones,* inquit, *aliæ in simplum conceptæ sunt, aliæ in duplum, aliæ in triplum, & aliæ denique in quadruplum. Vlterius autem nulla actio extenditur.* Quæ diuisio ad eundem locum de fine pertinet. Et videri potest præcedentis diuisionis quædam explicatio ex quantitate pœnę. Et sic ferè cōmuniter accipiunt. Sed sanè, quid sit actionem esse rei persecutoriā, item pœnalem, supra, vt spero, diligēter exposui. Et sic dicere possumus, nullam actionem excedere quadruplū. Cęterum Accurs. multa obiicit, quæ breui oratione auertere possumus, si saltem diligenter, fideliter & ingenuè explicabimus sensū nostrę diuisionis. Quid igitur, si dicamus, omnē actionē vel rē ipsam persequi, vel in rē duplicatā, triplicatā, quadruplicatā, & non vltra hoc quicq̄ obiici? Sanè rectè obiicietur *ex l. Aquilia,* vt hic Accurs. facit, item *ex l. 3. D. de incend. rui. nauf.* Quid si dicamus, actionem omnem vel rem ipsam persequi, vel pœnam; Pœnam autem vel dupli, vel tripli, vel quadrupli & nō vltra? Sanè, aut ego stupidus sum, aut puto ex ead. l. Aquilia alio casu, de quo supra in textu, rectè iterum obiici, vt etiā ex aliis locis, si modo supra pœnales actiones rectè definiuim°, id quod factum esse duco. Igitur mihi videtur simpliciter dicendum, actiones in simplum, duplum, quadruplum, hac in parte vocari oportere, quæ à legib. ita institutæ & cōceptę sunt, vt iis simplum, duplum, triplū aut quadruplum

druplum exigamus. Et sanè nominatim nulla actio inuenitur, quæ sit vltra hoc instituta, nempè in quinduplum, sexduplum. Scio, quod ista plausibiliter dicantur, quæ ita ad methodum excogitantur; sed quid prodest hoc, cum mentem auctoris nō assequamur? Et mecum disertè sentit Hotoman. & Equinarius Baro. Ecce igitur, actiones ex Mutuo, Commodato, Deposito, & in summa ex cōtractu vel quasi, quæ sunt etiam rei persecutoriæ, in simplum hic conceptę dicuntur. Actio furti nec manifesti, actio depositi quatuor casib. Actio ex l. Aquilia nonnunq. vt & actio legatorū; item actio serui corrupti, de qua *D. de seruo corrupt.* & dixi *ad tit. de furt.* in duplum dantur & concipiuntur. Actio quędam ob exactionem viatorum & ministrorum litis in triplū esse dicitur. Actio furti manifesti, actio quod metus causa, actio de calumnia, & alia itid. actio contra ministros litium, in quadruplum sunt pœnales. Obseruandum autem hoc amplius, actionē dupli, tripli, siue quadrupli, hoc loco dici, siue duplum, triplū, & quadruplum, extra rem sit pœna, siue res ipsa & rei æstimatio insit, & vt sequentium etiam §§. argument. cōplectar, de his & similib. deinceps proponit & præsumit has actiones, atq; inter se cōfert, vt differentias colligat & ostendat. Addit etiam hoc, quomodo alię actiones sint semper dupli, aliæ saltem ex casu quodam & ex post facto, per inficiationem & iniustam moram. Addit etiam speciale quoddā ius de actione, quod metus causa, de qua suo loco. Et nunc hac generali doctrina tradita, videbimus de actionib. quæ hactenus nondū sunt pposítę.

§. 22. Tripli verò agimus, &c.

Proponit nunc actionem in triplum, proditam ad vindicādam iniuriam, & illicitam exactionem eorū, qui in iudiciis versantur. Quò pertinet rursus actio quædam in quadruplum, de qua paulò post. Et magnopere intererat, hanc iniustitiam personarum, quę ita iudiciis & publicis officiis præsunt & adsunt, actionib. & accusationib. vindicari. Et sic quidem de publicorū etiam exactionibus scribitur *in l. locatio. §. qui illicitè. D. de public.* vt priuatorum vtilitas & publicę disciplinæ vigor quæsita esse videantur. Et sanè, cum alioquin auaritia omnium malorum dicatur radix, quid poterit esse perniciosius Rei pub. auaritia & rapacitate eorum, qui iudiciis, officiis & administrationib. publicis præsunt? Inde etiam Iustinian. Princeps prohibuit, ne officia & administrationes publicæ redimerentur pecunia. Et scribitur, Alexandrum Seuerum dicere solitum: necessarium esse, vt qui emit, vendat; nec sine rubore vendi posse, qui, quod emit, vendit; vide Iustinianum *Nouell. 8* Hæc de argumento huius actionis, ex quo intelligis, ex qua causa detur.

Nunc videamus de ipsa actione, cui detur, aduersus quem, & ad quid? Et scias imprimis, hoc triplum non esse meram pœnā, sed triplo inesse rem ipsam, id est, damnum, q. datum, vt accidit etiā in actione in quadruplum, & simili. Ergo mixtę sunt actiones. Deinceps hoc teneas, in iudicio non modo esse Iudicem, Assessorem, Aduocatum, Procuratorē, sed & alias personas adminiculantes & inseruientes, qui Magistratus Imperio psto sunt, qui accersunt & in ius vocant, item qui Iudicii executionē pmouent, quos veteres dixerunt viatores. Quib. omnib. æquum est, vt p labore merces & salariū detur, q̄ dicitur Sportula, fortè à veterib. sportulis, quas colligebant diuites & patroni; de quib. vide Budæum *in l. si mulier. D. de don. int. vir. & vx.* Quæ & qualis in ea re fuerit obseruatio Iudiciorum, non satis cōstat. Sed quicquid sit, q. ad vsum nostræ doctrinę attinet, hoc efficitur, vt, qui dolo malo occasionē dedit, quoq; plus soluere cogatur nomine sportularū, q̄ alioquin legib. definitum erat, in triplum eius, q. plus acceptum est, damnetur. Quod si ipse viator aut minister plus, q̄ constitutum est, exegerit, in quadruplū eius damnabitur, idq; ex altero §. qui post sequitur *in verb. item ex lege, &c.*

V. Quod

℣. Quod nostra constitutio, &c.] Ea est *lex prima. C. de sportulis*. quæ hactenus in Cod. est desiderata, vtpote Græca, sed eam restituit Dominus Cuiacius lib. 12. Obseruat. qua Imperator definit, vt & *in Nouella 112.* modum sportularum pro differentia litium.

℣. Quam proculdubio, &c.] Locus est perspicue mendosus, &, ni fallor, ita emendandus: *Ex qua procul dubio est l. condictitiam emanare*, id est, certum est, condictionem ex lege oriri, ex hac nostra constitutione. Nam condictiones ex lege oriuntur ex nouis legib. *tit. D. de condict. ex lege.*

§. 23. Quadrupli autem agitur, &c.

Aliam proponit actionem in quadruplum de calumniatoribus *ex tit. Pandect. de calumniat.* quæ mixta est actio, & intra annum quadrupli, post annum simpli. *l. 1. D. d. tit.* Ea actio datur in eum, qui pecuniam accepit, vt alicui negotium faceret, vel non faceret. *Negotium facere* est iudicio vexare. *Pecunia* intelligitur quiduis, etiamsi non sit pecunia numerata. *d. l. 1.* Ergo quod inquit negotium fecerit vel non, id est calumniari. Calumniari autem dicitur à verbo antiquo, *Caluo*, quod Caius interpretatur morari & frustrari. Inde calumniatores appellati & calumniosi. *l. 233. D. de verborum significationib. l. 3. D. ad SC. Turpill.* Paulus ICtus scribit: *Calumniosus est, qui sciens prudensq; alicui negotium comparat.* Et ita in hoc edicto nostro verbum hoc accipimus; & vt non tantum in criminibus, sed & in ciuilib. causis calumnia dicatur interuenire *d. l. 1.* Et omninò multis modis fit calumnia, & vsitatè nunc ad iudicium hoc verbum refertur, vt etiam verbum, tergiuersationis; item præuaricationis *d. tit. ad SC. Turpill. l. 1.* Et rursus docemur hic de iudiciorum integritate conseruanda; &, vt supra, de auaritia earum personarum, quæ in iudiciis & officiis versantur, plura extãt edicta & leges. Ita etiam in hac parte calumniosi aliis etiam multis modis, tum publicis, tum priuatis iudiciis tenentur, & puniuntur, de quibus *tit. isto de calumniat. item D. de præuaricatorib. & D. ad SC. Turpill. item C. de calumniatorib. & præcipuè l. finali. & C. in l finali, tit. de accusat.* vbi in calumniatoribus legitur nonnunquam recepta pœna talionis. Vide etiam in iure Saxonico *lib. 2. art. 8.* Sed redeamus nunc ad nostram actionem, vt videamus, quis hac actione teneatur? *Qui*, inquit, *pecuniam accepit, vt negotium faceret, vel non faceret, & id siue ante iudicium, siue post iudicium acceptum. dict. l. 1. D. de calumniat.* Additur etiam *in l. 3. Sed etsi depectus est, tenetur.* Et sic non modò qui accepit, ne faceret; sed & qui pactus est, ne faceret negotium, tenetur. Hinc incidit quæstio elegans; anne igitur cum aduersario de re & lite crimineque transigere liceat? Et quidem scribit ICtus *in d. l. 3. depectus dicitur turpiter pactus.* Et rursus *in d. l. 1. Neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus.* Vt videatur hoc dicere, hoc edicto non teneri eum, qui in re, vel etiã crimine dubio cum Reo accepta pecunia, vel etiam gratis paciscitur. Et hoc sanè apparet dicendum, siue ante iudicium, siue post acceptum iudicium. Nec hoc casu cogendi sunt agere. Et hic non tamen occurrit in contrarium *l. vltima. D. de præuaricatorib. l. transigere. C. de transact.* ad quas fortè promptè respondere poterimus; quatenus hic de actore agamus, in istis verò locis de Reo dicatur, qui de crimine paciscẽs, videtur crimen fateri, & corrumpere aduersarium & iudicium. Sed de hoc alibi. Verum quædã alia obstant *ex d. tit. ad SC. Turp.* quæ sæpè vsu quodam videmus obtinere; anne illa ex auaritia & iniquitate Iudicum veniant? an ex legum fontibus? Sed hic cupio doceri. Nam non sine causa dubito, etsi fontes non satis intelligenti omnia videantur expedita, sed quibus iustum vel iniustum non admodum curæ est. Intelligis itaque, cui hæc actio detur, aduersum quem, & ad quid? Et narrabit Actor factum: *Titium malitioso animo actori iudicium dictasse siue actorem in iudicio vexasse, accepta eo nomine pecunia, vel, ne ipsum*

ipsum actorem calumniosè iudicio molestaret, vel molestare pergeret, pecuniam accepisse petere ac postulare se, vt legitimè puniatur, & actori, quemadmodum legum decreta præscribũt, in quadruplum eius pecuniæ damnetur, vide de libello Ioan. Oldendorp. *class. 1. act. 10.* item ordinarium Glossographum *hic.* Sunt sanè, qui videntur ita hunc locum intelligere, vt & contra Reum, qui pecuniam dedit, ne vexaretur, ea actio sit. Id non intelligo, tu cogita.

§. 26. Actiones autem quædam bonæ fidei, &c.

Sequitur alia actionum diuisio, quam dicunt pertinere ad ipsam naturam & qualitatem actionum. Oldendorpius eam ad officium Iudicis dicit pertinere. Refert etiã suo more, & non malè ad causam finalem. Sed his non est inhærẽdum. Actionum aliæ sunt bonæ fidei, aliæ stricti iuris. Atqui difficile dictu est, quænam sint actiones bonæ fidei, & cum dici potest, à formulis, quib. à prætore actiones dabãtur, cognominatas esse, obiici etiam de aliis formulis, quibus nonnunquam tales actiones dabantur; de quo vide Iacob. Reinhard. *in lib. singulari, de auct. Prudentum.* Obiici etiam potest quando hæ formulæ hodiè cessent; iuxta *tit. C. de for. sublatis.* Sed de hoc tamen putant Iustinianum hoc in §. præstitisse rem præclaram, nempè certò & verè hìc enumerasse omnes actiones bonæ fidei; vide præsertim Cuiacium *lib. obs. 11. c. 38.* Ergo eæ sunt actiones bonæ fidei, q̃ hic enumerantur, vt sic aliæ videantur esse stricti iuris. Et de hac enumeratione postea. Verumtamen de eo magis adhuc quæritur, cur eæ sint bonæ fidei, & non aliæ, quo ad effectũ, & in quo siue in quib. sit hic effectus? Et huc imprimis etiã pertinet explicatio vocabulorum siue appellationum. Bona fides opponitur malę fidei, cui inest dolus & fraus. *l. 3. D. pro soc.* Opponitur etiã bona fides stricto iuri & strictis appellationib. vt explicat Boetius *in Topicis Cic.* & vide de ea voce stricti iuris *in l. placuit, C. de iudic. & similib.* nimirum qua de re agi quisq; vellet, quid alterum præstare sibi vellet, lingua nuncupari debebat, & vltra nuncupata nõ erat obligatus; vide *l. 99. D. de verb. oblig.* Sed si ageretur, vt etiamsi nõ essent nuncupata, tamen si æquum esset, pręstaretur, ex bona fide dicebatur agi. Quatenus itaq; bona fides opponitur malæ fidei, nõ possumus separare negotia contractus & actiones. Omnes contractus, omnes actiones debent esse bonæ fidei, & si aliter fit, & in negotiis, & in contractib. fraudes, dolus, argutiæ, &c. præualent, non diu poterit stare hęc inter homines societas; & vindicant etiam oẽs leges malam fidẽ. *l. 4. C. de act. l. 5. C. de rescind. vend. & ibid. in l. 1. l. 23. D. de regul. iur.* Verum quo ad secundam acceptionẽ, quatenus bona fides opponitur stricto iuri, rectè dicuntur actiones aliæ bonæ fidei, aliæ stricti iuris. Et dicuntur actiones bonæ fidei ab exuberantia quadam bonæ fidei. Atque exigunt etiam ipsæ actiones bonæ fidei aliæ aliis maiorem adhuc bonã fidem, vt & in strictis actionibus aliæ aliis possunt esse strictiores, & non omnes eodem iure censentur, id est, pari iure stricto. Ecce bona fides est depositum reddere; bona fides est commodatum reddere. Hoc si nõ facias, non est actio famosa, illud si non facias, est. Sunt etiam, qui scribũt; omnes actiones bonæ fidei hodiè esse debere; vide D. Cuiac. *lib. obser. 8. c. 10.* Et annotauit D. Wesembec. *ad tit. de obligat. supra. §. loca etiam,* vbi citat quoque Iasonem. Sed quid tamen hic vtilius? Sanè quod ad contractus attinet, præstaret omnes esse bonæ fidei, quod pulchrè dixisse videtur Seneca: *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad Iudicem, quàm ad arbitrũ mittatur,* quasi dicat forsitan: Causam bonam citius arbiter deprauauerit, cum non sit astrictus formulæ & certis legibus. In summa, malus Iudex plus potest nocere in bonæ fidei iudiciis, quàm in strictis. Bonus Iudex vbiq; bonus esse studet. Sed in quonam, siue in quib. erit, de qua agimus, bona fides? Equidem celebratissi-

lebratissima est hæc contractuum & actionum in bonæ fidei & stricti iuris diuisio, quę ab auctoribus passim laudatur; cuius meminit Simmach. Marcellinus, Augustinus, sæpissimè Cicero, Seneca, Dn. Philipp. Melanchthon *in Ethicis*. Et veteres Iurisconsulti dixerunt, huius bonæ fidei naturam latissimè manare, explicari satis non posse, præstari debere. Posteriores pomposè disputare solent, quasi hoc mare exhauriri possit. Interim ipsa bona fides negligitur passim, etiam ab iis ipsis, qui ita disputant. Et dicam, quod res est. Tempore ipsorum Iurisconsultorum & in scholis ICtorum educatum Ciceronem, hominem Philosophum & ICtum, melius hunc fontem indicasse & aperuisse *in Offic. lib. 3.* quàm vllum vnquam. In summa autem docet, hîc dolum omnem fraudemque & fraudationem abesse oportere, non solùm quatenus leges tollunt dolos manifestos, & qui oculis & manibus deprehendi possunt; sed quatenus Philosophi ratione dolum deprehendere possunt. Et non solum hoc, sed oportere hic quoque obseruari æquitatem ipsam naturalem, & ius naturæ & germanum, quæ omnia tàm p̄clarè & ita exponit, vt videatur nobis clarè ob oculos ponere illud dictum ipsi Christo Saluatori familiarissimum: *Alteri ne feceris, quod tibi ab alio fieri nolis.* Quod eius Interpres disertè addit, & sic explicat illam formulam: *inter bonos benè agier oportet, & ex bona fide*; item, *quis sit bonus? quid sit benè agier?* Sed Iudicem etiam in his rebus desiderat virum magnum, qui causas eorum, qui æquum bonum diligenter & fideliter possit & velit peruestigare, qualem ipse describit Aquilium *in Oratione pro Cæcinna*, & Seruium Sulpitium *in Philip. 9.* qui non tàm iuris, quàm iustitiæ dicuntur fuisse consulti, qui omnia ad facilitatem & æquitatem referebant, controuersias & lites tollere quā constituere malebant. Ita periti fuisse dicuntur, vt ex Iure Ciuili, nō scientia solum quædam, verùm etiam bonitas nata videatur. Et hic commodè & verè illud admonere & dicere possum, felices esse, qui ex hisce rerum studiis redduntur meliores! Et ô infelices, qui per occasionem huius studii Iuris etiam duriores efficiuntur! Ergo bona fides est hîc optima fides. Et Boetius *in Topicis Ciceron.* scribit: non tam boni natura spectari solet, quàm comparatio bonorum. Vide de hoc etiam *l. 5. C. de rescind. vend.* Sed videamus nunc ICtorum annotationes. Paul. *in l. 7. D. de neg. gest.* sic scribit: *Tantundem in bonæ fidei iudiciis officium Iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius est facta commentio.* Et alius *in l. 29. D. Mandati* inquit: *De bona fide agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare.* Et supra, *tit. de locatione. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, & si quid præter legem prætermissum fuit, id ex æquo & bono præstare.* Et infra *eod. In bonæ fidei iudiciis libera potestas permitti videtur Iudici ex æquo & bono æstimandi.* Ideo in summa, maiorem potestatem æstimandi ex bona fide habebat Iudex in actionibus his bonæ fidei, quàm stricti iuris. Et ita res omnis habet. In istis negotiis, quæ bonæ fidei esse dicuntur, prætor Iudici, qui arbiter dicebatur, dabat & concedebat potestatem liberam de æquo & bono iudicandi, addita vt plurimum illa clausula, *ex bona fide.* licet interdum & hoc adscriberetur: *Vt inter bonos benè agier oportet.* Et hodiè etiam, quoad vsum sublatis iis ordinariis iudiciis & impetrationibus actionum, Iudex, quicunque sit, intelliget & sciet, etsi regulariter id magis sequendum sit, quod apertè conuentum & pactionibus stipulatum, testatumque reperitur, nempè, ne Iudex facilè maiorem aliquam benignitatem prætendens aliis suis affectibus indulgeat: tamen in his actionibus, quæ bonæ fidei sunt, sibi potestatem & liberum quoddam arbitrium à legib. esse datum, *ita infra in d. § bonæ fidei.* Ipsi Agentes etiam, etsi hodiè non solent illa verba, *ex bona fide*, addi, possunt liberius implorare officium Iudicis. Et credo eò pertinere eas

formulas

formulas finales: *Petit prout ius & ratio suadet eum condemnari, implorans vestrum officium.* Atqui nunc, quantum per rei magnitudinem & temporis angustiam possumus, breuiter, in quibus omnis hæc libertas & benignitas iudicandi consistat, commemorabimus, & pòst rem exemplo vno atque altero aperiemus.

Consistit itaq; primò in statuendo de illis, quæ nuncupata & expressa non sunt. *d. §. Conductor. supr. de locatione l 31. §. quia assidua, D. de adil. edict.* Secundò in iudicando de pactis simul appositis & exceptionib. *l 7. §. sed & velis l 9. §. 1. D. de dol. mal. l. 84. §. 5 D de leg. 1. l. 21. D sol. matr.* Et etiam, si placet, Tertio, in vindicando dolo admisso *dd. ll. D. de dolo malo.* Quarto, in ineunda æstimatione rei deterioratæ, *l. 3. §. 2. & 3. D. commodati.* Quinto, in deferendo Iusiurandum in lite, *l. 5. D. de in litem iurand.* Sexto, in mora admissa & vsuris rei. *l. 54. D. locati l. 2. C. depositi. l. 32. §. 2. D. de vsur. cum similib.* Olim etiam in compensatione fuit hæc libertas, *vt infra, in §. in bonæ fidei.* Iam verò, exépli gratia, sume illud *ex l. 7. D. de dolo malo.* Fundum mihi quis debet, vel ex venditione, vel ex stipulatione, & dum tradidit, imposuit ei seruitutem, nec quicquam cautum est, de dolo malo adfuturum. Iam si ex venditione debet, vindicatur sanè dolus admissus, ea ipsa actione ex empto, cùm sit bonæ fidei iudicium, & his iudiciis doli facti actio & exceptio insit siue contineatur. Sin verò ex stipulatione debeatur, & agatur, non item sic fiet, quoniam ex stipulatu cum sit actio stricti Iuris, dolus ita non vindicatur, sed erit noua & alia actio de dolo. Sume aliud exemplum de vsuris. Eas dicunt in actionib. his, siue iudiciis bonę fidei, ex mora, ipso iure venire, & officio Iudicis præstandas esse; itemq; ex pacto saltem ex continenti facto deberi, at in actionib. strictis, neq; deberi ex pacto, neq; ex mora, officio Iudicis vel ipso Iure, sed ex stipulatione tantùm, & sic in mutuo nō debentur vsuræ nisi ex stipulatione; vide *l. Titius. D. de præscr. verb. l 3. C. de vsur. l. 1. C. de cōdit. indebit.* Hic etiam obserua ꝙ scribitur *in l. 13. C. locati.* vbi docetur, Conductorem, qui moram in mercede soluenda interposuit, vsuras etiam, de quibus nulla vnquam mētio facta est, debere. Vides igitur & intelligis, q̄d differant actiones bonæ fidei, & stricti iuris. Nā in his postremis ista ferè omnia diuersa sunt, non habet ita Iudex eam liberam potestatem, non vindicatur ita dolus, nō veniunt vsuræ ex mora. Et in summa obserua, ꝙ est allegatum *ex l. 7. D. de neg. gest.* in bonæ fidei iudiciis tantundem valet officium iudicis, quantum in stipulatione nominatim facta mentio. Poteris amplius adhuc pro exemplo declarationis accipere illud, ꝙ est *lib. 3. tit. de locat & conduct. §. Conductor.* Omnia hic velle persequi, est hominis & ocio temporeq; abutentis, & nō satis perpendentis rei ipsius magnitudinem, cum in facto consistat ea quæstio; quousq; sese extendat hæc bona fides? Et vt supra ex Ciceron. adduxi, omninò latissimè manat bona fides, qua ratione ipse Cicero nos ad ipsam naturam & ad ius naturæ euocat. Et ex his quidem hucusq; propositis & dictis vides, quid sit bona fides, vnde dicātur, & cur dicantur actiones bonæ fidei, & quis sit eius rei effectus?

Quæritur, quæ igitur sint eę actiones bonę fidei, in quibus ista, de quibus dixi, valere debent? Sanè cōmunis consensus est, eas esse actiones bonæ fidei, quæ hîc enumerantur, cæteras stricti iuris. Enumerantur autem ex natura contractuum, & negotiorum, 14. cum addis actionem ex stipulatu de dote, atque bis tamen additur petitio hereditatis. Intelligas autem etiam actiones duplicatas, cū sunt duplices, & sic numerāt alii actiones has in vniuersum 23. Sunt igitur hæ. Actio Cōmodati, duplex est, directa & contraria. Depositi, directa & contraria. Pignoratitia, directa & cōtraria. Negotiorū gestor. actio directa & contraria. Tutelę actio, directa &

contraria actio familiæ erciscundę, communi diuidundo, actio præscriptis verbis æstimatoria, actio præscriptis verbis ex permutatione, actio ex stipulatu de dote, actio empti, venditi, actio locati, conducti, actio mandati directa & contraria, actio pro socio, & petitio hereditatis.

Quæsitum nunc etiam est, cur hæ præ cęteris bonæ fidei esse debere credantur? Hic quatuor potissimum sunt diuersæ sententię. Alii nullam huius rei rationem reddi posse putant. Ita videtur placuisse D. Cuiacio. Alii frequentiam, siue frequentem vsum horum contractuum siue negotiorum vrgent, vt ex hac causa id visum sit; ita Ioan. Faber, item Alciatus. Alii cum Cicerone *in Offic.* magis vrgent necessarium etiam vsum istorum. Ita Franciscus Duarenus. Alii denique hoc spectatum putant, quod eę actiones sint quoque ex contractibus, ex quibus vtrinque atque inuicem nascitur obligatio, & quasi fides. Ita Hottomannus. Et videtur hoc mirè iuuari *§. isto finali, supra, de locatione.* Idque sequi soleo. Nunc examinabimus actiones, si quæ nondum sunt expositæ.

℣. Præscriptis verbis, &c.] Hunc locum sic accipiunt, vt duæ actiones præscriptis verbis dicantur esse bonæ fidei, nempè ea, quæ ex permutatione est, qua agit Actor: *Se Titio, inita permutatione vini & frumenti, vinum tradidisse, ipsum frumentum vicissim nondum dedisse siue tradidisse, petere se, vt ad id legitimè condemnetur, &c.* Sed de hac re dixi ad titul. *de locat.* cum ageretur de contractibus innominatis; vide de libello Ioannem Oldendorpium *clas. 4. act.* 38. & rursus ea, quæ dicitur æstimatoria, quæ in personam est actio, aduersus eum, eamve, qui quæve rem alterius æstimatam ea lege vendendam accepit, vt ad rem ipsam incorruptam, aut æstimationem eius referret. *D. de æstimat. act.* Dicit itaque Actor, *se librum Titio tradidisse, vt eum aureo venderet, sed neque librum, neque hanc æstimationem hactenus ab ipso consequi potuisse. Petere se igitur, vt in hoc damnetur, & legitimè compellatur ex bona fide vel librum incorruptum, vel hanc æstimationem referre.* Vide *de lib. Ioan. Oldendorp. clas. 4. act. 3.* Hottoman. *hic.* vti etiam vult interpretatione extensiua. Sed hoc sanè communiter reprobatur. Vide hic etiam glossam.

℣. Et hereditatis petitio, &c.] Hæc actio pertinet ad vindicandam hereditatem, quæ sanè defertur aut ex testamento, aut ab intestato; Idque vel iure Prætorio, vel Ciuili, & acquiritur ipso iure immiscendo, aut saltem etiam adeundo, petendove bonorum possessionem; de quo *lib. 2. à tit. 10. & rursus lib. 3. vsque ad titul. 11.* Et datur itaque ea actio illi, qui ita heres factus est, aduersus eum, qui talem hereditatem, vel eius partem non iure pro herede aut pro possessore possidet. Et quidem pro herede possidet, qui putat se heredem esse; pro possessore possidet, qui prædonis more possidet, qui interrogatus cur possideat, responsurus tantùm sit, quia possideo. *D. de petitione heredit. & ibi in l. 9. cum aliquib sequent.* Ea itaque in rem actio est, quanquam mixta etiam dicitur esse. *l. sed et si. §. petitio. D. d. tit.*

Vindicatio itaque est, sed tamen vindicatio quædam vniuersalis, id est, de vniuersitate. *l. 1. D. de rei vindicat.* Et hæc de huius actionis natura, quam Iustinianus hoc loco bonæ fidei iudiciis adscribit; vide *l. vltim. C. de petit. hered.* Hac itaque actione sic agetur:

Coram vobis propono & dico, Sempronium agnatum & Patruum meum nuper in Christo defunctum, idque intestato, eam hereditatem iure ad me tanquam proximiorem cognatum pertinere, quam etiam animo heredis agnoui & agnosco, sed tamen Titium

Titium, Reum non iure pro sua tantum detinere & possidere, quod iure quidem ipsi non licet. Et licet sæpius monitus & rogatus sit, tamen ea fide, qua debuit, non restituit. Peto igitur, vt iudicetur & declaretur; me actorem naturalem & verum heredem, hereditatemq́; mihi talem restituendam, & Reum proposito in medium Inuentario bonorum occupatorum & acceptorum, aut si Inuentarium non confecerit, interposito iureiurando de rebus omnibus & singulis receptis, debere facere ex bona fide restitutionem; & si minus hæc fiant, vt liceat mihi actori in litem iurare, & vt ita prædictus Reus legitimè condemnetur, compellaturque hereditatem talem vnà etiam cum receptis fructibus & emolumentis restituere. Pro quibus omnibus peto mihi, pro vt ius & ratio postulat, Iustitiam administrari, & imploro omni meliori modo & ratione officium vestrum. Saluo iure addendi, &c.

§.24. Fuerat & antea, &c.

Sequitur alia & postrema actio bonę fidei ex contractu, quasiuè contractu, dotis in matrimonio. Ipsum matrimonii cõtractum omnium religiosissimè iniri & conseruari debere constat, & de hoc alibi copiosè dictum est. Matrimonio autem inseruiunt etiam dotes, *l. dotis fructum. D. de iure dotium.* Et dotium quoque causam præcipuam esse, & fauore plenissimam, constat, *l. 1. D. sol. matrimon. quomodo dos pet.* Et iure constitutum est, vt dos constitui possit, non modo stipulatione, sed etiam nudo pacto, & promissione, veluti si socer promittat futuro genero dotem. *C. de dotis promissione. vbi in l. ad exceptionem.* Et constat parentum esse dotare liberos, *l. 19. D. de ritu nupt.* Vide & *Nouell. 2. §. fin.* Vbi verò dos data & tradita est, maritus quidem dominus dotis est; sed tamen reuera naturale dominium penes vxorem manet. *l. quamuis. D. de iure dot. l. in rebus. C. eod. tit.* Quod eò pertinet primum, quod maritus fructus dotis lucretur ad sustinenda onera matrimonii, dotem tamen, vel rem dotalem immobilem prorsus dissipare aut alienare non possit; & si aliter fiat, id est, dote abuti & aliter vti quàm bonus paterfamilias videatur, & ita ad inopiam vergat, de dote reddenda agi possit, *supra lib. 2. tit. quibus alienare licet vel non item l. si cum dotem. §. si naturale. D. sol. matr. & l. vbi adhuc. C. de iure dot.* Deinde & secundo, quod soluto matrimonio dos repetatur & reddatur, nēpe vxori, patri, nec sine causa ea apud maritum remanebit. *D. toto tit. sol. matrim. quomodo dos petatur.* Causæ autem, ex quibus maritus dotem, eiusuè partem lucrari & retinere possit, alibi indicatæ sunt, nempe ob pactum, ob liberos, ob crimen. Vide *D. de pact. dotalib. & C. de pact. conuentis super dote. item l. consensu. C. de repudiis.* & Ioan. Oldendorpium *class. 4. act. 26.* Est autem & donationis, quā vicissim maritus confert in compensationem quandam, quæ dicitur donatio propter nuptias, similis ferè ratio. Sed de his alibi. Nunc hæc repetere saltem volui, vt videatis, quorsum pertineat nostra hæc actio. Ergo sanè pro dotibus his & donationibus nuptialib. vindicandis, id est, petendis, repetendisq́;, actio est, de qua hoc loco. Et quo ad petitionem, verbi gratia, narrat Actor: *Se cum Titia Caij filia consensu parentum, &c. legitimum matrimonium contraxisse, & à Caio patre, id est, socero suo dotis nomine promissa esse sexcenta, ea se nondum consecutum; petere se igitur, vt officio legitimi Magistratus iubeatur socer eam dotem promissam dare, &c.*

Ac non modo de dote exigenda, sed etiam de dote repetenda agitur. Et hic maritus non precisè omninò vrgendus est, sed in quantum æquius melius est, ne omninò deinceps egeat, condemnabitur. Et habebitur etiam ratio impensarum, à marito in res istas mulieris & dotales factarum, &c. Et fuit ob hæc ipsa actio rei vxoriæ, quæ erat bonæ fidei actio, cuius clausula erat, quantum æquius melius. Quæ tamen actio non ad omnes istos casus & causas videtur pertinuisse, sed stipulari potiùs nonnullos de hac

re, id est, de dote, siue donatione, danda, reddendaué oportuit. Vnde fuit actio ex stipulatu dotis, siue de dote, quæ fuit stricti Iuris actio. Hic verò Iustinianus pro sua auctoritate, sublata actione rei vxoriæ, voluit propter has causas & hæc negotia dotium tantum agi actione ex stipulatu, siue stipulatio interuenerit, siue non, eamque ipsam actionem bonæ fidei esse iubet, transfuso ita omni Iure alterius actionis in alteram; de qua in longa illa lege sub tit. *de rei vxoria actione.* Sic itaque cum hoc §. & hac actione confer eum tractatum & locum de Nuptiis siue matrimoniis, & de dotibus, & intelliges omninò, cui hæc actio detur, aduersus quem, & ad quid, & præcipuè etiam ad repetendas dotes, quo nomine ad hunc ferè modum agitur:

Magnifici Viri, coram vobis comparet Caius actor contra Meuium Reum & generum, ac proponit, eundē reum ante annum cū Titia filia sua matrimonium contraxisse, eamque sibi matrimonio duxisse, cui actor, quo commodius & honestius cum vxore viuere, & matrimonij onera sustinere posset, in dotem dedit 500. aureos, quos etiam sibi in euentum, si dissolutum hoc matrimonium fuerit sine liberis, restitui stipulatus est. Atqui cum iam accidit, vt filia sine liberis mortua sit, ideoque dos, vti conuentum est, restitui actori debeat; id tamen Reum sæpius monitum & rogatum nondum fecisse, nec facere. Petere se igitur, Iudicum sententia eum condemnari, condemnatumq́, eum legitimè compelli, vt prædictam pecuniæ summam absque omni mora restituat atque solnat, &c.

In hac autem condemnatione sequitur Iudex id, quod æquius melius erit ex bona fide; atque hic amplius notandum, Iustinianum Principem huic actioni tacitam etiam adscripsisse hypothecam, id est, vt qui eam actionem proponit, ac proponere possit, ad repetitionem dotis, habeat etiam tacitum Ius pignoris in bonis viri. Et quod ad mulierem ipsam, siue ad vxorem attinet, eam quoque in hac ipsa hypotheca Prætor omnibus aliis mariti creditoribus, etiam hypothecariis, & anteriorem etiam hypothecam habentibus saltem tacitam, præfert. Sed quid si anteriorem expressam hypothecam illi videantur habere? Puto verum, mulierem his non posse præferri. Sed Martinus Glossographus eam nihilominus præfert. Vide *l. assiduis Cod. qui pot. in pign. hab.* Et prior quidem sententia communiter ferè probata est, posteriorem tamen veriorem significat, & docet Cuiacius, quem vide *hic.* Vides igitur in his priuilegiū, præsertim quantum ad vxorem attinet; & in hoc ipso spectatur contractus matrimonii, dignitas & vtilitas *d. tit. D. soluto matrimon. item l. prima. D. de iure dot.* Vide amplius de hac actione & materia, & de libellis harum actionum Ioan. Oldendorp. *class. 4. act. 26.* item Zasium *hic,* qui plures instituit & format libellos, & rursus Ias. *num.* 143. qui præcipuè etiam commendat hic Ioann. de Platea. Vide etiam præd. Ferrariensis in loco de formula libelli, quo vxor agit ad dotem.

§. 26. In bonæ fidei Iudiciis, &c.

Iam apposito vno exemplo de compensatione, ostendit hanc liberiorem potestatem Iudicis in his actionibus bonæ fidei. *Si,* inquit, Caius dicat, à Titio sibi deberi centum, & Titius rursus ostendat sibi vicissim alia ex causa debere Caium 30. in negotiis bonæ fidei ipso iure minuetur petitio; & *Iudex* debet Titium saltem condemnare in 70.

Atqui eam sanè potestatem in strictis Iudiciis non videbatur habere Iudex, sed ita debebat pronunciare & condemnare, vt in libello petitum est. Centum autem, non 70. pe-

76. petebantur. Sed tamen D. Marcus permisit hîc quoque, opposita saltem exceptione compensationis huius rationem haberi, & postea etiam D. Iustinianus, quo ad hanc rem, differentiam sustulit, vt nunc tam in strictis Iudiciis, quàm his bonæ fidei compensatio ipso iure admittatur. *leg. vltim. Cod. de compensat.* nimirum Iudicis officium lites finire & minuere. Et eò pertinet compensatio, quod intersit nostra potius non soluere quàm solutum repetere. *l. tertia. Cod. de compensat. cum similib.* Adde, quòd ipsa æquitas naturalis desiderat, vt, si vis alium soluere, soluas tu quoque. Vide *cap. dolo facit. de regul. iuris in 6. & l. dolo. D. de except. doli.* Alibi igitur adduximus hunc locum, dicentes compensationem ipso Iure tollere obligationem. *Ita supra tit. quibus modis tollitur obligat.* Alioquin, si compensatio non admittitur, præstabit tamen alteri Ius agendi. *leg. septima. §. 2. D. de compensat.* Sed, quod potuit fieri per pauciora, cur fiet per plura? Vide *l. 11. Cod. de Iudiciis.* Attamen placuit in quibusdam compensationem non illicò admittere, nimirum alia ex causa æquitatis, quòd visum sit iustissimum, bonam fidem statim cognoscere, & nihil refragari, & quòd non possit etiam aliud pro alio inuito solui, & est compensatio veluti solutio quædam. Et ita meminit hîc etiam Iustinianus negotii in deposito.

Nunc igitur videamus etiam hîc locum communem de compensatione. Compensationem definit Zasius *debiti ad debitum hinc inde in vim solutionis computationem.* Et sanè accipitur hic compensatio pro debiti & crediti inter se contributione, *vt in l. 1. D. de compensat.* Et habet omninò compensatio ipso iure vim solutionis *d. l. 1. D. de compensat. l. 4. D. qui pot. in pign. hab. cum similib.* Et, vt dixi, eò pertinet compensatio, quòd intersit nostra, potius non soluere, quàm solutum repetere. Et videntur compensationis quædam quasi cognata & affinia esse.

Primum Retentio, cum interea retineo quasi quoddam pignus. Vide *l. 13. §. offerri. D. de act. empti. item l. 15. & 61. D. de furt.*

Secundo, Reconuentio, cum conuenientem me in eodem Iudicio vicissim alia actione conuenio. Vide *Nouell. 96. capitul. 2. & Authenticam inde desumptam ad tit. Cod de sententiis & interloc. Iud. item tit. Iuris Pontificij, de mutuis petitionib.* Illud quæritur, quale ius sit compensatio, siue quale Ius sit in compensatione? Et volunt non esse exceptionem, sed petitionem. Et Baldus dixit esse speciem reconuentionis. Vide quæ notantur *in l. amplius 15. D. rem ratam haberi. item in l. 34. § qui inuita*, in quibus locis ad marginem notatur: Sanè exceptionem non semel vocant interpretes, & hîc disertè glossa. Sed quod compensatio aliis exceptio non videatur esse, verum petitio quædam, hinc notarunt interpretes Iuris Saxonici, compensationem hoc iure non admitti, cum non admittatur reconuentio, *vt libr. 3.* Landtrecht. *articul. 13. & glos. in d. artic.* Item Faccius & Reinhardus *in different.* Chilianus König *in praxi 60.* Hoc sanè posset admitti, vt aliàs vsitato iure, cum non est liquida compensatio. Sed cur rogo non admittetur compensatio liquida, ex fundamentis, de quibus supra dixi? Sed nunc breuiter indicemus, vbi igitur compensatio; de qua agimus, ex auctoritate legum, locum habere possit, vbi non? Et imprimis compensatio ita demum dicitur habere locum, si Iure aperto nitatur, id est, cum expeditè probari potest, inuicem deberi, aliàs potest Iudex compensationem reiicere, & eius rationem nunc non habere. *l. vltim. Cod. de compensat. l. 7. §. finali. D. de compensat. l. aufertur.*

aufertur. §. qui compensationem. D. de iure fisci. Secundo, in specie debita non admittitur compensatio, sed in rebus tantùm, quæ habent mutuam functionem. Vide *l. si conuenerit 2. §. 1. D. de pign. act.* item Dominum Cuiacium *ad Iulium Paul. lib. 2. Sententiarum. tit. 5.* Et ratio ex superioribus manifesta esse potest. Tertio, in Deposito, nempe cum agitur actione Depositi directa, non admittitur recompensatio. Ita hic Iustinianus *& Cod. de compensat. l. vlt. item in l. pen. C. depositi.* Quartò, is qui alienæ rei possessionem perperam occupauit, compensationis iure non vtetur. *d. l. fin. Cod.* & hæc sunt præcipua. Illud scias, non tantum in pecuniariis his causis compensationem hanc admitti, sed esse etiam compensationem quandam delictorum; & sic vulgata regula dicit: Paria delicta compensatione tolluntur, ita in *l. viro & vxori. D. sol. matr. l. 10. D. de compens. l. si duo. D. de dolo malo. l. 4. §. Marcellus. D. de excep. doli mali.* Sic dicimus: Dolum dolo, fraudem fraude compensari, &, vt dixi, *delictum cum delicto compensari*: non tamen hoc pertinet ad rei publicæ vindicationem, & ad publica Iudicia; de quo vide *l. 2. §. qui hoc dicit, item l. 13. §. si Iudex. D. de adult.* Ergo hoc saltem efficitur, vt, si vtriusque & viri & mulieris culpa fiat diuortium, non amittat alter eorum dotem vel donationem. Sic si vtrinq; siue ab vtroque latere commissum dicatur adulterium, frustra petit diuortium alter. *c. significasti. de diuortiis. & c. nihil. 32. q. 6.*

§. 29. Præterea quasdam actiones, &c.

Sequitur nunc de actionibus arbitrariis. Hic quæritur, quorsum eæ pertineant, siue cuius modi sint, bonæ fidei ne, an stricti iuris? an potius per se consistant, vt sic non omnis actio, quæ non est bonæ fidei, sit stricti, sed sit etiam tertium quoddam membrum, earum nimirum actionum, quæ sunt arbitrariæ? Deinde & hoc quæritur; quænam sit harum actionũ definitio? Et, vt hoc loco eas declarat, videtur earum definitio conuenire actionibus bonæ fidei. Hinc igitur sunt aliæ atque aliæ interpretum definitiones & opiniones. Vide hic in glos. Item Hottomannum *hic & in parat.* & Brisonium in Lexico. Sed verius tamen videtur, has actiones esse ex actionibus stricti iuris, & quo ad hoc arbitrium, dicuntur arbitrariç actiones inesse bonæ fidei iudiciis. *l. 7. D. de eo quod certo loco*, vt sic sit quasi subdiuisio. Et omninò actiones bonæ fidei sunt actiones personales ferè, quibus continetur hoc, vt vtrinque fides data rectè, & bene seruetur. Arbitrariç verò hæ actiones sunt maximè actiones in rem, quibus agitur ad rem restituendam, vel sanè personales sunt ex obligatione vnius saltem. Et hanc sententiam, nempe quod ex actionibus stricti iuris aliæ sint arbitrariæ, probat Brisonius, Wesembecius etiam *hic.* Et aperte Cuiacius ad Africanum, vbi actionem arbitrariam opponit purç, certç, strictç, & scribit, actionem sui origine strictam fieri, nempe ob causas, de quibus infra, arbitrariam. Sed iam quæritur de definitione; vbi iterũ variæ sunt sententiæ, quod facit etiam hic textus. Vide eundem Hottomannum, item Duarenum *in tractatu de in litem iurando.* Hopperum etiam *in arte iuris*, & alios. Cuiacius præd. loco sic scribit: *Non omnes actiones strictæ sunt eiusdem qualitatis. Aliæ seruiunt quantitati contractus, quæ non sunt arbitrariæ; aliæ non seruiunt quantitati contractus & eæ sunt arbitrariæ, in quibus liberum est arbitro, habita ratione eius, quod interest actoris vel rei, pluris aut minoris reum condemnare, imo & interdum absoluere, vt proponitur in l. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco*, quia non vtilitatẽ tantum spectat in iis Iudex, id est, id quod interest, sed etiam æquitatem, quod commune est omnibus arbitrariis. Quarum definitio generalis hçc est: *Actiones arbitrariæ sunt, in quibus rei, vel vtilitatis æstimatio omnis præfertur ad arbitrium Iudicis*, & quæ duas clausulas admittunt. Vnam de solutione, vel restitutione; & in his

in his igitur Iudiciis valet arbitrium, sed tamen hæc omnia dicuntur etiam esse actionum bonæ fidei, vt supra. Sanè dixi, quales sint actiones bonæ fidei, quæ etiam per se semper sunt bonæ fidei, & est talis libera condemnatio ex natura actionis, in arbitrariis ex officio, arbitrioque Iudicis, de quo vide D. Cuiacium hic, item D.D. Wesembecium, præsertim *in Isagoge*. Cæteroquin videntur propè eiusdem esse conditionis & potestatis. Porrò inter arbitrarias has actiones imprimis numerantur actiones in rem, quæ ad restituendum competunt, vt rei vindicatio, actio Publiciana, Seruiana, vel quasi, de quibus supra, & vide *l. qui restituere. D. de rei vind. l. sed etsi, §. 4. & §. in Publiciana. D. de publ. in rem act. l. si fundus. §. in vend. D. de pign.* Vbi inuenies officio & arbitrio Iudicis committi, quomodo res restituatur, & Iudicem iubere restituere, & tum nisi restituatur, arbitrio Iudicis, fieri, siue sequi condemnationem veram, ob contumaciam, vbi & in litem iurare permittitur. Huc etiam pertinet actio, qua Iudex iubet exhibere, quæ dicitur actio ad exhibendum, item actio de eo, quod certo loco; vbi certo quodam loco soluere iubet; rursum actio cum iubet seruum ex causa noxali dedere. Huc quoque pertinent actiones in personam, quod metus causa, de dolo, & similes.

V. Quod vi aut metus causa, &c.] Proponit actionem ex edicto & tit. *de eo, quod metus causa gestum erit.* De argumento, item cui, & aduersus quem detur, audiamus ipsa verba edicti & prætorem: *Quod metus causa*, inquit, *gestum erit, ratum non habeto.* Addit quod olim ita edicebatur: *quod vi metusne causa, &c.* Vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam, contrariam voluntati. Metus autem est, instantis periculi vel futuri causa, mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu etiam fieri videtur. Continet igitur hæc clausula vim & metum: Vim & metum etiam ostendit se accipere, vim atrocem & maioris mali metum, qui possit cadere in constantem virum, non vanum timorem. Nam, vt dicitur: Vani timoris non est iusta excusatio. *l. vani timoris. D. de reg. iur.* item vim intelligit, quæ contra bonos mores fit, non quam Magistratus iure impulit. Hæc ille *in l. 1. 2. & 3. cum aliquot etiam seqq. D. eod.* Ergo ex hoc edicto rescindit Prætor rem iure etiam gestam, nempe per in integrum restitutionem. Et quidem, cum per vim nobis aliquid aufertur, fit id omninò, & absq; dubio nobis inuitis, idq; propriè vis est, & omninò ratum non erit. Et eò pertinet etiam *tit. de rapina supra & actio vi bonorum rapt.* Sed quod si quis non per vim seu violentiam quid rapuerit, sed metu & terrore illato compulerit aduersarium, vt aliquid det, tradat, remittat, promittat, nō est id delictum per omnia simile superiori, sed magis accedit hoc factum aliquousque ad conuentionem voluntariam, de qua dicitur *in l. 1. D. de pact.* ibi: *Nihil tam congruens est humanæ naturæ, quàm ea seruare, quæ conuenerunt. Coactus enim voluit*, vt inquit Iurisconsultus in hac ipsa materia *in l. 21. §. si metu coactus. D. eod.* Est quidem coactio etiam vera & absoluta, quæ voluntati obstat, & voluntatem verè tollit, sed ea in voluntate non cernitur, & ea coactio excusat omninò à delicto, ideoque & à pœna, vide *causam 15. q. 5. per totum.* Sed qui coactus voluit, voluit tamen etsi non liberè, sed coactè, & ideo qui coactus promisit, qui coactus iurauit, tamen voluntatem & mentem obstrinxit, itaque etiam qui metu rem tradit, eius dominium transfert in accipientem, quasi volens tradiderit; & qui metu aliquid pollicitus est, Iuris ratione obligatus est, valetque actio, eum dare, facere oportere, atque hæc sanè summo Iure. Verùm cùm ad bonum publicum ciuitatis, ad status politici rationem, & honestatem equidem illius, ne cui sua malitia lucrosa sit, siquidē, qui ita metum intulit, dolo

& delicto non caret. Cum inquam ad hæc respicitur, rectè dicitur: Contra bonos mores non esse, comprobare vim, metumuè, & consensui contrariam esse vim & metum. *l. nihil consensui. D. de reg. iur.* Et ideò prætor hoc edictum proposuit, & ad rescindendum id, quod per metum gestum est, & actionem & exceptionem porrigit. Actionem, vt hic; veluti si quid secutum sit, vt traditio; exceptionem, vt infra *de except.* cum errore promissum est. Et hæc diligenter notabis. Habes enim fundamentum, cur, qui coactus promisit, & iurauit, obligatus sit, & rursus cur & quomodo obligatus non sit? Ex his igitur vtcunque intelligitis, ex qua causa sit hæc actio, cui detur, & aduersus quem? Et hæc mihi sufficit & sufficere debet generaliter indicare. Cætera, vt Iustinianus sæpe dicit, in latioribus Pandect. & Cod. in ipsis edictis & titulis harum rerum integris cognosceris, aut etiam in aliorum latioribus Commentariis.

Nunc videamus de natura huius actionis, & quomodo arbitraria sit, & ad quid detur? Equidem hac actione fit, vt qui vim metumuè intulit, iubeatur restituere, etiamsi ad alium res peruenerit. Is etiam, ad quem res peruenit, quamuis alius metum intulerit, conuenitur, & non tam ratione possessionis, quàm quod lucrum ex delicto videtur facere, ex æquitate quadam, & ita in rem scripta datur actio, *vide l. 9. §. animaduertendum. & §. cum autem item l. 14. & §. in hac actione. & §. Padius. D. eod. tit.* Et quidem rem restituere iubet Iudex, post ex grauiori & quasi altero delicto, nempe cõtumacia non restituẽtis, magis etiã in personam est actio pœnalis ex delicto, & in quadruplum eius rei datur, sed saltem intra annum, cum sit Prætoria, quibus post lapsum anni, si non sunt motæ, præscribitur. Vide omninò *in d. l. 14.* vbi cognosces, quid quadrupletur, & quis hac in quadruplum actione teneatur. Sanè post annum simpli tamen restat actio, & omninò rei persecutoria, de quibus vide *in d. l. 14. item in l. 16. 17. 19. & 21. D. eod.*

Aspiciamus nunc propiùs naturam arbitri in hac actione. Supra Iustinianus actionem furti omninò dixit esse quadrupli, ac metu illato quadrupli quidẽ esse actionem; Sed non omnimodò, quod delictum vis & metus non ita graue esse iudicarint, nescio. Sanè actionem vi bonorum raptorum ex rapina, quæ per vim fit, omninò etiam quadrupli esse constat, & id delictum atrocius esse dicunt, vt supra *de vi bonorum rapt.* exposui. Igitur de hac actione sic scribit Vlpianus: *Satis clementer cum Reo prætor egit, vt daret ei restituendi facultatem, si vult pœnam euitare.* Vide *l. 14. §. 2.* & sic etiam *in §. 4.* & iterum § 5. vbi inquit: Hæc actio cum arbitraria sit, habet Reus licentiam vsquead sententiam ab arbitro datam, restitutionem secundum q supra diximus rei facere; quod si non fecerit, iure meritoq; quadrupli condemnationem patietur. Et ita vides, quod supra dixi, arbitrio Iudicis fieri satisfactionem, & ita sequi absolutionem, aut si non fiat satisfactio, tunc magis sequi condemnationem, & habere hanc actionem duas clausulas. Porrò, quia vis crimen est admodum perniciosum, obserua hic etiam multa alia concurrentia siue similia remedia, *vt in l 8. l. 9. in princip. & §. volenti l. 12. §. finali. & l. 13. item l 21. §. finali. D. eod.* & alibi dicemus in publicis Iudiciis de vi. Verùm quo ad nostram hanc actionem, agetur hoc vel simili modo, vt dicat & narret Actor, *quomodo Titius Reus metu grauioris mali, & tali metu, qui possit cadere in virum constantem, hoc anno tali vel tali mense, ipsum ad dandum, vel vendendum, rem talem compulerit; petere se pronunciare id Reo non licuisse, eumque condemnari ad restitutionem, cum omni eo quod interest, aut si contumaciter id non faciat, in quadruplũ etiam, pro vt Ius & ratio suadet.* Quod si impersonaliter agendum sit, iuxta *§. in hac actione in l. 14. D. eod* proponet, *tali & loco & tempore sibi per vim & metum extortam esse*

rem-

rem talem, eos quidem, qui vim fecerunt, ignotos esse; istum autem Caium vnà adfuisse, & lucrum sensisse; petere se, vt damnetur, vt supra, &c. Vide de libel Ioan. Oldendorp *class. 6. act. 10.* item Chilianum Golstein *parte 2. pag. 133.*

V. Aut dolo malo, &c.] Iam etiam de actione de dolo malo ex edicto, & tit. *de dolo malo.* De hoc Vlpinianus *in l. 1. D. eod. tit. de dolo malo.* sic scribit: *Hoc edicto Prætor aduersus vafros & dolosos, qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subuenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa* Verba autẽ edicti talia sunt: *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de his reb. alia actio non erit, & iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* Hic liceat mihi aliquantò etiam Iurisconsul. ea ratione interpretari, qua solent ipsi edicta, & alia similia. *Vafros*, inquit, nempè, qui aliud agunt, aliud fingunt, quod est eorum, quos dicunt duplices corde, vt Psalm. 12. de quo Augustinus, & de hoc infra. Hos itaque vocat *dolosos*, & ni fallor opponit iis simplices. Notum est illud Martialis: *Prudens simplicitas*, & Christus Saluator noster: *Estote simplices sicut columbæ, & prudentes sicut serpentes.* Iam de horum dolosorum scribit malitia, *ne illis*, inquit, *malitia sua, &c.* Nostri disputarunt, an dolus sit delictum? Sanè reuera fons est delictorum, & hic malitia dicitur. Ait porrò, *qui aliis calliditate obfuerunt*, & rursus, *ne illis lucrosa sit malitia, & aliis damnosa simplicitas.* Ergò de dolo innoxio, vt sic dicam, qui nemini obest circumueniendo, Iurisconsultus non agit, & dicemus postea fortè de dolo bono. Sed & in verbis edicti consideremus. *Quæ dolo malo*, inquit, *facta sunt*, id est, commissa alterius fraudandi causa. Si de his rebus alia actio non erit, nempè dolo & fraude, variæ sunt machinationes, veluti in furto & similibus. Sed de his ordinariæ sunt actiones, ex istis negotiis. Homines verò ingeniosi quærunt, quomodo hæc grauia Iudicia furti, &c. possint euitare, & tamen decipere, fraudare, circumuenire? Et inueniuntur, vt dicitur, mille fraudes. Addit porrò, *& iusta causa esse videbitur*, nimirum, ad terrendum homines propositum est hoc iudicium, vt maximè esset infame. Et non facilè & leui ex causa dari debuit, & vulgò dicimus: *De minimis non curat prætor.* Ergò tandem de his & similibus Prætor in subsidium hoc iudicium de dolo malo dedit, & sic Cicero loquens de iudicio siue actione doli mali, dixit: *Doli mali actionem euerriculum esse omnium malitiarũ. lib. 3. de Nat. Deorum.* Verùm de initio huius actionis diligentiùs etiam videri solet. Illud constat initio, in quibusdam saltem causis dolum admissum l. 12. tabularum, item l. quadam latoria fuisse vindicatũ, quod Ius antiquum satis videtur obscurũ, cuius & Cicero meminit *3. Offic.* Et sine lege etiã vindicabatur dolus, & adhuc vindicatur actionib. bonæ fidei, in quibus sanè inest & actio & exceptio doli. *l. & elegãter. §. non solum l. si quis affirmauerit. in princ. D. de dolo malo.* Sed quicquid id sit, Aquiliana formula postea introducta est, auctore Cicerone *3. Offic & 3. de Nat. Deorum.* Et tandem & iure prætorio in omnibus aliis causis dolus vindicatur, & Aquiliana formula, de qua in hoc tit. agitur, atque omnium ea malitiarum euerriculum appellatur rectissimè, & eius proponendæ causam Vlpianus explicat in hoc ipso tit. *l. 1.* vt iam audiuimus. Ex his sanè breuibus examinare & percipere licet, vbi & quando hæc actio de dolo malo, item aduersus quem, locum habeat? Sed tamen de his postea iterum monebimus, & dicemus itidem de natura huius actionis, & ad quid detur. Nunc priùs videamus de definitione doli mali, vt sic percipiamus, ex quo omninò dolo possit esse hæc actio. Ego soleo dubitare, an hic in vniuersum, an specialius dolus definiatur, & adhuc dubito, & dico igitur meam sententiam. Et de definitione etiam nostra certarunt magni Iurisconsulti, & adhuc hodiè præcipui. Gallus Aquilius

Vuu 2 definie-

definiebat: *Dolus malus est, cum aliud est simulatum, aliud actum; siue cum aliud agitur, aliud simulatur.* Quam definitionem & à persona, & à re ipsa non vno in loco vehementer commendat Cicero, & ex ea describit *3. Officiorum* dolosos, perfidos, improbos, & malitiosos. Et eodem modo definierat etiam Pædius, item Paulus Iurisconsultus. Item diuus Augustinus *super Ioan. cap. 1.* Sed Seruio Sulpitio, Labeoni & Vlpiano ea definitio non placuit. Seruius quidem hoc reprehendebat, quòd possit & sine simulatione id agi, vt quis sic conueniatur, & possit sine dissimulatione aliud agi, aliud simulari. Voluit igitur addendam esse machinationem quandam alterius decipiendi causa, vt sic diceretur: *Dolus malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur, machinatione quadam alterius decipiendi causa.* Labeo postea liberiùs Aquilii definitionem inuasit, & totum id Aquilio detraxit, vt dicatur, quomodo Vlpianus nunc in Pandect. scribit: *Dolus malus est omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Ita arguté quidam doctus vir. Videtur igitur mihi generalius Labeonem & satius definiuisse dolum, vt omnem dolum, quem in Iure dolum dicimus, contineat. Sed quæritur annè & culpam ea definitione complexus sit? Dicerem non contineri culpam, quod in verbo, *adhibita ad fallendum*, significatur destinari malicitiam, & ita rectè puto monere Bardulphum Prateum in Lexico. Et sic vides, quàm latè pateat hæc actio. Sed tamen Prætor addidit edicto, *Si alia actio non detur.* Sed ad rem. Labeonem putauero latius definire dolum, Aquilium & alios imitatores strictius. Nam & eo puto calumniam aliquam esse, posse aliquid agi, & aliud simulari sine dolo. Hoc enim credo ipsum intelligere, cum aliud agitur & aliud simulatur alterius fraudandi & decipiendi causa. Et dicendum nobis etiam, quid sit propriè dolus, quid distet ab aperta & manifesta vi? *Doli,* inquit Plautus, *nisi astu colantur, non sunt doli.* & Basilius magnus Psalmo 33. Est autem dolus versutia occulta, qua specie boni ad decipiendos proximos vtimur. Et Augustinus, de quo etiam supra, cũ dicit, fictionem illam dolosam à duplicitate cordis proficisci; Item dicit alibi: tum dolum esse, cum aliud in pectore clausum habetur, & aliud promittitur verbo vel actione. Et Cicero in Officiis: *Fraus vulpeculæ est, vis Leonis.*

Sed nunc videamus paucula de dolo bono. Iurisconsultus scribit: *Non contentus fuit Prætor dolum dicere, sed adiecit malum: quoniam Veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime, si aduersus hostem latronemq́; quis machinetur.*

Apparet igitur, si quis tali dolo vsus sit, Prætorem Iudicium hoc non dare. Sic & dolum dolo licet cudere, & Prætor ob hoc Iudicium non dat. Et hoc supra indicaui *de compensat.* Quæsitum tamen etiam de hoc est, an rectè & piè liceat hoc dolo vti? Hoc verissimum est, dolum malum semper in vitio esse, & grauissimè dictum est: *Qui loquitur veritatem in corde suo, qui non agit dolum in lingua sua, scilicet is placet Deo.* Psalmo 14. Et Psalmo 54. *Viri dolosi non dimidiabunt dies suos.* Prouerb. 12. *Abominatio sunt domino labia dolosa* Item: *Susurro & bilinguis maledictus.* Eccles. 28. Sed quoad dolum, quem dicunt bonum, interpres quidam *Cicer. 3. Offic.* scribit: ipsum Christum, in cuius ore dolus non fuit inuentus, credidisse licere contra Vulpes vulpinari. Sed puto me habere iustas causas, paulò aliter hic sentiendi, & opinor etiam dupliciter hunc dolum considerari. Nam alius planè innoxius est, & qui nulli nocet, interdum quoque prodest, sicut eo vtuntur nutrices erga paruulos, cum iis multa & fingentes & simulantes. Medici quoq; sic solent decipere ægrotos, vt sanẽtur. Et cur quæso ita dolo vti nõ liceat? Alius iterum nocere quidẽ potest, sed aduersus hostes eo vti licere docẽt, *vt in d. l 1.*

d.l.1.D.eod. Sic dicitur: *Dolus an virtus, quis in hoste requirat?* Et si vim vi repellere licet, quãdo alia via euadendi non conceditur, cur nõ licebit dolum dolo cudere? gloss. *in d.l.1.* Sed hîc nobis excipiendum est. Primò, de hostibus nos loqui, non de priuatorum inimicitiis. Deinde aliud nos iudicare esse dolum hunc, aliud frangere fidem, & mẽdacia contra fidem, & fidem certam hosti datam fallere non licere, quod Cicer. 3. *Offic.* tractat, & notat Accurs. *in d.l.1.* Sed & Iusiurandum violandum non esse censent. Tertio apertę quoq; calumniæ non probabuntur, vt cum pactis induciis dierũ, noctu frangunt fidem, de quo Cicer. 1. *Offic.* Vides, quomodo censeam dolo bono vti licere? Addam aliquid amplius, ne sanè putet quis, contra istos, qui hæc nostra audent oppugnare, me velle probare & defendere impietatem. Etsi vulgari dicto dicitur: *Frangenti fidem fides frangatur eidem.* non puto tamen, cum alter fidem nõ seruauit, post tempus & quasi alio in negotio bona conscientia licere vicissim violare fidem.

Sed nunc reuertamur ad locum de actione nostra. Diximus, hodiè ex iure Prætorio in omnibus causis dolum vindicari, sed hoc sanè tamen expeditius in contractibus bonæ fidei, vbi dolus actione exceptioneq; ex eo ipso cõtractu vindicatur, puta ex empto, vendito, &c. nempè, si dolus incidit in eum cõtractum, quia dolo inductus sim, charius emere, vel vilius vẽdere. Quod si dolo initus est contractus, & dolus dedit causam cõtractui, vt si dolo inductus sim emere, quod nõ emissem, aiunt contractum talem bonæ fidei ipso iure effici nullum; vide *l.7.§.3.& l.9. D.de dolo mal.* In strictis iudiciis dolus etiam vindicatur, sed actione, exceptioneq; de dolo ꝓdita, quæ, vt ante dixi, si nulla alia actio competeret, tũm demum locum habebit & habet. Et est actio famosissima hæc actio de dolo, *l.1.D. eod. cum simil.* nec datur pro re modica, puta quæ minor sit duob. aureis, *l.9.§.fin. cum l.seq.D.eod.* Neque datur aduersus personas, quibus pietate, officio & reuerentia obligamur, ne lædamus eorum existimationẽ. Contra quos tamen eius loco cõpetit actio in factum, *l.11. cum duab seqq. D. eod.* & olim intra annum vtilem, nunc intra biennium continuum competit. *l.vlt.C.eod.* Et est arbitraria actio, de quo sic scribit IC. *in l.18.D.eod. Arbitrio Iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, & nisi fiat restitutio, sequitur cõdemnatio, quanti ea res erit, quo nomine etiam in litem iuratur.* Et nunc, quod ad exercitium attinet, ad hunc fortè modum agetur:

Propono ac dico, Caium astutè & callidè me induxisse, vt equum talem, &c. ipsi promitterẽ, & pro vilissimo pretio, vt res ipsa ostendit, diuenderem, cuius doli ignarus promissum equum ex causa venditionis tradidi, sed postea de dolo ipsius & fraude luculẽter edoctus intelligo, multum mea interesse, eiusmodi contractum dolo initum non subsistere. Peto igitur, vt vestra sententia iudicetis, & pronuncietis, non oportere huiusmodi dolum esse impunitum, & contractũ, ex quo ita læsus sum, me inuito esse ratum, vt Reo fraus & dolus est lucrosa, mihi verò mea simplicitas damnosa, sed prædictum Reum equum istũ restituere, & nisi id fiat, id omne, ꝙ mea amplius interest, præstare oportere, quo nomine mihi etiã aduersus ipsum in litem iurare licere, & vt ita, salua tamen moderatione, condemnetur, secundum quod Ius & ratio dictat.

℣. Item cum id, quod certo loco.]

Aliud ꝓponit ex edicto & tit. *de eo, quod certo loco dari oportet.* Equidẽ si conuenit, vt certo aliquo loco daretur, siue solueretur, si quidem bonæ fidei actione ageretur, alio etiam loco, quàm quo conuenit dari, peti potest. Inest enim hîc bonæ fidei iudiciis, *l. si vt. in princ.D.commodati.l.7.D.d.tit.de eo, quod cert. loco.* Stricto Iudicio alio loco, quã quo dari debuit, peti non potest. Plus enim videbatur petere Actor, de quo infra. Attamen arbitrariè agi potest, vt fiat mẽtio & commemoratio loci, quo dari debuit, ex quo relinquetur Iudici arbitrium & facultas æstimandi, vtilita-

vtilitatis tàm Actoris, quàm Rei, & æquitatis totius causæ, propter locum neglectum; de quo vide *l. 1. l. 2. in princ. l. 3. & l. 4. D. eod.* Et omninò verba l. 1. sic habent: *Alio loco, quàm in quem sibi dari quis stipulatus est, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessariò distringeretur, non posse stipulatorem ad suum peruenire, ideo visum est, vtilem actionem in eam rem comparare, &c.* Vtilem actionem, id est, ex æquitate deficiente directa; veluti ex stipulatu vel ex mutuo. Et postea tamen *in l. 7.* ibidem docet ICtus, quod antè monui, in bonæ fidei iudiciis rationem loci ex bonę fidei natura haberi; & *in l. 4.* scribit: *Si ibi petatur, vbi dari debuit, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: non est enim nunc arbitraria actio.* vide *& l. vlt. ibidem.* Itaque verbi gratia sic dicunt agendum hac actione arbitraria, cum petitur vtiliter alio loco facta pronunciatione eius loci, quo dari debuit: *Dico, Domine Index, Titium à me mutuo petiuisse & accepisse centum, quæ promisit se bona fide tali tempore redditurum Numburgi, quod tamen ab eo factum non est, ex quo mihi non minimum extitit damnum & incommodum. Peto, vestra sententia pronunciari, eum iuxta id, quod æquius melius erit, propter damnum mihi illatum satisfacere oportere.* vide Chilian. Golstein. *pag. 126.*

℣. Ad exhibendum.] Adhuc vnam profert actionem ex tit. *ad exhibendum.* Exhibere est facere in publico potestatem, vt ei qui agit sit experiundi copia. *l. 2. D. eod.* Est igitur hæc actio præparatoria rei vindicationis, & est actio in personā comparata, videl. aduersus eum datur, qui possidet, & rei exhibendæ habet facultatē, vel etiam dolo desiit eam habere, vt rem, cuius exhibitionem fieri mea interest, exhibeat. Et, quod dixi, rei vindicationis esse præparatoriam, de eo obserua: posse eum, à quo rem vindicaturus sum, eam occultando & immutando auertere; posse etiam rem ita ab altero possideri, vt propter mixtionē eius cum aliis reb. commodè vindicari, nisi antè separata, non possit; de quo sæpius *lib. 1. tit. 1.* & vide *l. gemma. D. eod. l. in rem. §. item quæcunque. D. de rei vind.* Porrò, exhiberi qui petit, probare debet, eum, à quo petit, possidere, designareq; rem ipsam, cuius exhibitionē exigit, ex euidentibus circumstantiis, & oportet etiā eius verè interesse exhiberi, propter causas prædictas, vel similes; de quo eleganter IC. hoc tit. In summa actio ad exhibendum datur vindicaturo, interdicturo, vtrubi, optaturo, noxali Iudico acturo, *l. 3. §. quia autem. & seqq. l. de eo. § sæpius. D. eod.* non si alia ex causa intersit *d. l. 3 § si mecum, & l. pen.* & videte Dn. Cuiac. *lib. Obs. 9. c. 7.* Est autem arbitraria actio, vt hic, & iubet sanè Iudex rem cum omni causa exhiberi. Atque in ea actione contumacem per in litem iusiurandum damnari constat, *d. l. 3. D. eod. & infra, de offic. Iud.* Et agetur in hunc vel similem modum:

Coram vobis comparet Caius Actor contra Mæuium Reum, proponit ac dicit, quod prædictus Reus teneat ac habeat annulum aureum cum gemma inclusum, talis formæ, &c. quodq; ipsius intersit hunc ipsum annulum, quem ait suum esse, coram se & aliis testibus publicè exhiberi, vt possit denique certus effectus de re sua eundem annulum legitimè vindicare. Mæuium verò Reum, etsi aliquoties de hoc compellatum, exhibitionem istam contra Iuris decretum indigne denegare. Ideo petit Actor, vt vestra iudiciali sententia pronuncietis & iudicetis, prædictum Reum oportere & debere huiusmodi exhibitionem publicè facere, & si contumax deinceps adhuc exhibitionem & copiam videndi non concedat, petit sibi iusiurandum in litem legitimè concedi, & secundum hoc, quanti ea res erit, Reus vestro officio condemnetur. Videte Dn. Chilianum Golstein *pag. 126.* item Ioan. Oldendorp. *class. 3. act. 1.*

℣. Curare autem debet Iudex, &c.]

Quidam

Quidam putant, generalem hic esse παραίνεσιν, & admonitionem ad Iudices, vt esse quidem potest; sed de hoc videbimus *tit. de offi. Iudicis.* Aliis videtur magis ad præcedētia pertinere hunc locum, vt admoneatur arbiter, i. e. Iudex actionū arbitrariarum etsi totius rei arbitrium ipsi cōmissum sit, nec certum quid petatur, vt tamen, quantum fieri potest, certam dicat sententiam, ne lis ex lite nascatur, si planè incertam dixerit sententiam. vt; *solue quod debes.* vide *hic* Hottoman.

§. 30. Si quis agens, intentione sua, &c.

Hæc omnia ad differentiam illam actionum, stricti iuris & arbitrariarum, pertinent. In stricti iuris actionib. quibus certum petitur, non incertū, vt in bonæ fidei & arbitrariis, quatum æstimatio est in arbitrio iudicantis posita, periculum plus petitionis erat; vide *l. 1. D. de interrog. in iure facien.* Iam igitur de hac pœna plus petitionis dicturus est, & in summa, quæ sit omninò pœna quacunq; actione plus petatur, item quot modis plus petatur? Imprimis igitur videamus, quot modis petatur plus, & postea de pœna. Docet Iustinianus, plus peti quatuor modis; Re, tempore, loco & causa. Et breuiter; *Re* plus petit, qui re ipsa plus petit, & rem aliam pro alia, 10 pro 5. Cæteris modis eadem quidem res videtur peti, sed alio tempore, loco, causa. *Tempore*, vt si ante tempus petatur, ante diem vel conditionem existentem. *Loco*, si quod certo loco quis dare promisit, id alio loco purè petatur. *Causa* plus petitur, si qs præter hæc alio a huc modo plus petat, puta, si quis simpliciter & in specie petat, quod sub alternatione & in genere debetur. Siquidem in alternatiuis vel disiunctiuis stipulationib. & rursus in obligatione generis electio est debitoris, sicut hic pulcher text. & vide *l. 32. D. de condict. ind. l. 52. D. mandati. l. 4. D. de vino, oleo, &c. item l 99. D. de verb. obligation.* Et his quidē modis plus petitur. Vbi obserua, vt plus petitur, ita minus etiam offerri siue dari, & vtrumque in vitio est, & iniustitiam & iniquitatem habet. De altero dicitur Exodi 21. *Ne sis exactor.* De altero Deuter. 24. *Solue statim.* Et legib. etiam meritò vtrumque vindicatur. Sed nunc videamus de pœna plus petentis. Plus petens olim causa cadebat, id est, causam eam & litem vniuersam perdebat. Verùm ex posterioribus legib. Constitutione Zenoniana, qui plus petit tempore, cogitur alterum tantum tempus expectare, quantum fortè statutum tempus anteuertere conatus est. Puta, qui debuit expectare ad menses tres, & monuit seu petiuit solutionem post menses duos, vno mense conuentum tempus anteuertere voluit, hoc tempore duplicato expectabit deinceps adhuc per menses duos. Et hoc verius puto, licet aliud placuit Zasio, & dicat esse communem, eo verò amplius, priusq̄ iterum in aduersarium agat, refundet etiam litis prioris sumptus. Ita hic & infra, *de except.* Et hæc de eo, qui plus petit tēpore. Alio verò modo, qui plus petit loco, summa, qualitate, ex constitutione Iustiniani omne damnū eo modo datum præstabit in triplum, ita quoque hoc nostro §. Porrò sunt, qui scribant, ita demum plus petentes prædictis pœnis subiici, si perseuerent in eiusmodi importunitate vsq; ad litem contestatam, sin verò tempestiuè pœniteant, & emendent petitionem, euitari posse pœnas, saltem vt sumptus indebitę fatigationis reddant; vide in Iure Pontificio *tit. de plus petit. cap. 1. & quæ ibi notantur.* Sanè olim propter causam in integrum restitui poterat plus petens, quod cur & nunc admitti non debeat, non video. Dixi tempore non licere plus petere, non dubito tamen, quin liceat sibi prospicere per cautiones aduersus malæ spei debitorem; vide *l. 41. D. de iudiciis. l. 14. D. de pign. l. 12. D. qui satisdar. cog. l 16. §. 1. D. de petit. heredit.* Dixi minus etiam solui, quod quoque non modò re fit & quantitate, sed etiam tempore, & minus dat siue soluit, qui post tempus dat, item, qui tardiùs soluit,

soluit, quos vocamus Moderatores, qui tenentur de periculo rei, item tenentur omniū meritissimè de vsuris, quæ sunt moræ coercitium & damni dati compensatio, iuxta *L.17. §. vsura. D. de vsur.*

§. 36. Si minus in intentione, &c.

Dixi de eo, qui plus petit. Quæri etiam potest de eo, qui minus petiit? Hunc sanè nemini nocere, nisi sibiipsi, constat, neq; ideò pœna vlla dignus erit, vt qui plus petiit, de quo supra. Sed tamen quæsitum est; an debeat per hoc sibi noceri? Scribit hîc Iustinianus, minus petentem sibi ob hoc non gignere periculum, nec etiam ob id sentire debere damnum, sed posse eum in eodem Iudicio errorem istum suum emendare, & petere, ꝙ reliquum est. Addidit etiam obtinere, si errore quodam malè petiit aliud ꝓ alio. Hęc est huius §. doctrina. Sed deinceps is §. practicus est & videtur habere materiam de mutatione & emendatione libelli, de quo *in l. edita, & ibi Dd. C. de edend.* Quæritur, an petitionē & libellum semel oblatū liceat mutare & emendare? Quæritur; quis Actor hoc possit facere? Quæritur; quando & quamdiu possit? Libellum quidem emendare & mutare licere constat *ex d. l. edita. & ex hoc loco.* sed quando & quamdiu, id nusquam ita clarè definitum videtur, quin potius sit locus coniecturis, ex æquitate & humanitate, ideo obseruandum, quod inquit hic *in eodem Iudicio, & id constitutum esse à diuo Zenone.* Item quod inquit, *si per errorem.* Apparet igitur noui quid constitutum à D. Zenone; ante aliud quoddam Ius fuisse. Verisimile est etiam, diuersis iudiciis licuisse emendare petitionem, aliud atque aliud petere, & sic *in eodem Iudicio* hic accipietur pro eadem instantia, apud eundem Iudicem. Deniq; apparet non licere petulanter & malitiosè, & frustratoriè addendo & mutando, protrahere litem, argumento huius §. vt faciunt non boni Pragmatici. Iam quamdiu liceat mutare & addere, an etiam post litem contestatā, an vsq; ad sententiam, disputatur id quidem, tu vide prædicto loco Doctor. item Gloss. *hic*, & Dominum D. Wesembecium. Ergo hic §. & agentium incommoda, ex subtilitate orta, vult auertere, & fraudibus simul occurrere, nisi quod mali practici semper sui similes rebus bonis pessimè abutantur. Et hunc §. alibi etiam supra ad vsum adduximus, ostendimus etiam vsitatas clausulas libellorum ex hoc §.

§. 37. Sunt præterea quædam actiones, &c.

Sequitur postrema huius tituli actionum diuisio, quod aliæ in solidum sint & competant, aliæ sint, in quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum, modò minus. Quæ diuisio ab aliis atque aliis ad alium locum refertur, quantum ad locos Dialecticos, vt vocant, vti fieri solet, ꝙ, si placet, ad causas licet referre, & omninò licebit dicere, Iustinianum hactenus hoc titulo pręcipuas actionum diuisiones proposuisse & tradidisse, ex quibus aliæ nonnullæ dependent, & veluti consequuntur.

Et quando, ꝙ Methodici docent, potissimum sit inspectio de causis siue circa causas has nostras diuisiones accommodare. Prima igitur diuisio ostēdit eam materiam, ex qua scilic. existunt actiones istæ forenses, quanquam suo etiam modo ad causam efficientē referri possit, quatenus actio ab aliis reb. nempè, à dominio, ab obligationibus fit & efficitur. Secunda diuisio à causa efficienti est, à qua res fit, vt intelligas à quibus & cuius auctoritate sint actiones. Tertia ad finē referatur, cuius gratia res est, cuius gratia agitur. Iam quis neget, quartam etiam diuisionem ad eundem illum locum pertinere, ad alium tamen vsum & effectum, vt sunt vnius rei plures fines, licet & formam constitut. actionis videatur respicere, sed formam quandam accidentalē, vt videtur Fibulano.

Quintam

Quintam ad formam, quæ facit rem esse, referemus, quatenus actionum intrinseca natura sit, vt sint bonæ fidei vel strictæ; & idem Fibulanus eam diuisionem dicit esse essentialem, vt quæ naturam essentiamque actionis attingit. De sexta & vltima hac diuisione alii aliter loquuntur. Alii dicunt sumptam à modo executionis. Oldendorpius ad omnes simul causas refert. Alii ad effectum referunt. Fibulanus dicit accidentalem esse, quæ accidentia actionis attingit. Sanè ad effectum potissimum referetur, quatenus illud ipsum, quod hac diuisione dicitur, ex fine, propter quem agimus, consequitur. Sed notetur tamen ex Fibulano hoc naturam actionis non cōtinere, sed accidentale magis esse. Sed nunc de diuisione præsenti, quibus solidum non persequimur siue exequimur. Eę sunt actiones, in quibus humanitatis habenda est ratio, *vt non damnetur aduersarius, nisi quatenus commodè facere potest.* Quod docet Iulianus ita accipiendum esse, vt habeatur ratio Rei, ne egeat, *l. in condemnatione. D. de regul. iur.* Et Vlpianus rursus alibi, *Ad quantum facere potest*, ad alimentorum rationem refert, vt supersint misero Reo alimenta. *l. 4. & 6. D. de ceß. bonorum.* De alimentis autem constat *ex l legatis. D. de alim. leg.* Ratio autem huius humanitatis & commiserationis sumitur ex rei vel causæ personęve circumstantia. Et sunt omninò actiones, in quib. hæc cōmiseratio locum habet, actio de peculio, actio de dote petēda vel repetēda, actio aduersus parētes vel patronos, actio aduersus donatarium, actio pro socio, & deniq; actio aduersus debitorem, qui antè bonis cessit. Illud quæri potest; anne hæc ita insint siue inesse videantur, vt si quis solidū petit plus petiisse videatur? Sic sanè ad rationem essentialem actionis hoc pertinere videbitur. Sed obseruandum, actiones communiter competere ad persequendum solidum. Est enim actio ius persequendi, quod debetur. Verùm actiones, de quibus diximus, exceptæ sunt, vt saltem solidum iis non oporteat dari, si excipiatur propter iustas causas, vt dixi, quia personæ habenda sit ratio, cui debeatur reuerentia. Et meritò, quia ius fraternitatis inter eos vigere debeat, vt inter socios, quia humanitatis habenda sit ratio, vt in donatore. Ergo pro se in solidum competunt, & obligatio est solidi, & si solutum est, solidum non potest repeti prætextu huius beneficii. Sed & cautio præstari solet de dando siue præstando reliquo, si melior & pinguior fortuna obtigerit. Ergo & in libello solidū peti posse videtur, quod non fieret, si esset ex natura actionum; vide *l. 8. & 9. D. de condit. indeb. l. vnicam. §. cum autem. C. de rei vxor. act. l. verum est. §. videndum. D. pro socio. & l. quoties. §. si semel. D. de peculio.* Sanè tamen actio de peculio id habet, vt ne solidi quidem sit obligatio, id est, is, qui conuenitur, ne in solidum quidem obligatus est, vt ideo actio ꝓpriè dicit possit, actio quæ in solidum non competit, & idcirco etiam, si pater vel Dominus per errorem amplius soluit, quàm reuera est in peculio, id repetere potest. Nec est necessum cauere, aucto peculio se reliquum daturum, licet eo aucto de reliquo etiam conueniri & condemnari possit. *l. si quis reum. §. idem Iulianus. D. de libera. legat. & dict. l. quoties. §. si semel. D. de peculio.* Atque hæc de præsenti diuisione, vbi summam omnium sequentium proposuimus. Addit Iustinianus etiam locum compensationis, quod compensatio quoque faciat, vt minus consequamur, quàm reuera debetur. Sed de hoc supra diximus.

§. 38. Item si de dote, &c.

Actiò quoque de dote repetenda non semper solidum exequitur, sed minuitur propter mariti exceptionem & inopiam, *l. vnica, C. de rei vxor. act.* Vlpianus testatur, id constitutum esse ob eam reuerentiam, quæ marito ab vxore debetur. *l. alia causa est. D soluto matrimon.* Et ob eandem causam scribit Modestinus: non tantùm dotis

nomine, sed ex aliis quoq; contractibus maritum cōuentum, in quantum facere possit, condemnandum. *l. non tantum. D. de re iudic.* Vbi addit, id quoque in persona mulieris æqua lance obseruari, æquitatis suggerit ratio. Porrò, quia de dotis petitione minuenda ob mariti inopiam dixit, subiicit & alia, ex quibus dos, siue dotis petitio minuitur, nempè, propter impensas in dotem, siue bona dotalia factas. Et id potissimum intellige de impensis necessariis, propter quas ipso iure dotis petitio & exactio minuitur, quasi quadā retentione, id est, compensatione. Quod ad impensas vtiles attinet, eas mauult Iustinianus actionibus peti, puta, mandati, negotiorum gestorum. Voluptuariæ impensæ nō repetuntur, sed si commodè fieri potest, licet deducere & separare; vide *in d. l. vn. C. item D. de impens. in reb. dotal. fact.*

℣. Sed etsi quis cum parente, &c.] Liberis sancta debet esse persona parentis, inquit ICtus *in l. liberorum. D. de obseq. à liberis & libertis, &c.* Imo liberos decet & oportet inopes parentes vicissim alere. *l. si quis a lienigenis. D. de liberis agnoscend.*

℣. Item si socius, &c.] Societas, inquit ICtus, ius fraternitatis quodammodo in se habet, *l. verum est. D. pro socio.* Hinc Dd. in hac materia sumunt interpretationē extensiuam ex ratiocinatione; veluti cùm de fratribus quæritur; an frater fratri in solidum condemnandus sit? De quo lex nihil expressè scribit.

℣. Idem est, si quis, &c.] Liberalitatē docet ICtus nemini debere esse damnosam; *l. 50. D. de re iudic.* Hinc scias, donatorem quoque conueniri demum debere, deducto prius ære alieno, *l. 19. §. is quoq. l. 49. & 30 D. de re iud. l. qui id. D. de donat.*

§. 40. Compensationes quoquo opposita, &c.

Nota hic, quod dicit, *opposita.*

§. 41. Cum eo quoque, &c.

In eos, qui sunt debitores iudicati, confessi & conuicti, extrema executio est distractio & possessio bonorum, & tandē etiam incarceratio, vt diximus *lib 3.* Sed quod ipse sua sponte cedit bonis, id est, creditoribus sua bona cedit & relinquit, ab iis liberatur, & amplius diuexari, molestari aut vrgeri ab iis non potest. Si tamen post iterum idoneū aliquod emolumentum consecutus sit, conueniri rursus potest ab iis. Sed vt hic scribitur, dabit tunc, quatenus commodè facere potest. Videtur enim humanitatis ratio cum iis habenda, qui semel vniuersis bonis cesserunt; vide *D. & C. de cess. bonorum.* Hæc Iure Saxonico non videntur obtinere; vide *lib. 3. Landrecht/ artic. 29.* & quæ ibi notantur.

QVOD CVM EO, QVI IN ALIENA potestate est, negotium gestum esse dicitur.

TITVLVS VIII. aliàs VII.



Via tamen superiùs mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum seruorumq; agitur, opus est, vt de hac actione, & de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solēt, diligētiùs admoneamus. Et quia, siue cum seruis negotiū gestum sit, siue cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem ferè iura seruātur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem

monem in personā serui, dominiq;, idem intellecturi de liberis quoq; & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his propriè seruetur, separatim ostendemus.

§.2. Si igitur iussu domini cum seruo negotium gestum erit, in solidū Prætor aduersus dominum actionem pollicetur, scilicet, quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

§.3. Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarū altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cùm quis seruum suum magistrum naui præposuerit, & quid cum eo eius rei gratia, cui præpositus erit, cōtractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus nauis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cùm quis tabernæ fortè, aut cuilibet negotiationi seruum suum pręposuerit, & quid cum eius rei causa, cui prępositus erit, contractū fuerit. Ideo autem *Institoria* appellatur, quia qui negotiationib. pręponuntur, institores vocātur. Istas tamē duas actiones Prætor reddit, & si liberū quis hominē, aut alienum seruum naui, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit, scilicet, quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interueniat.

§.4. Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocetur. Namq; si seruus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita Prætor ius dicit, vt quicquid in his mercibus erit, quodq; inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et [ideo tributoria vocatur] quia ipsi domino distributionem Prætor permittit. [Nam] si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

§.5. Pręterea introducta est actio de peculio, deq; eo, ꝙ in rē domini negotiū versum erit, vt quamuis sine voluntate domini negotiū gestum erit, tamē siue q̄d in rem eius versum fuerit, id totū præstare debeat, siue quid non sit in rem eius versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur.

§.6. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessariò in rem eius impenderit seruus; veluti si mutuatus pecuniam creditorib. eius soluerit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiā fundum, aut quamlibet aliam rem necessariā mercatus erit. Itaq; si ex decem, puta aureis, quos seruus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinq; aureos soluerit, reliquos verò quinq; quolibet modo consumpserit, pro quinq; quidem in solidum damnari debet. Pro cæteris verò quinq; eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fue-

rint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim vna sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque Iudex, apud quem de ea actione agitur, antè dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii æstimationem transit, quàm aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum.

§.7. Cùm autem quæritur, quantum in peculio sit, antè deducitur, quicquid seruus domino, eive, qui in potestate eius sit, debet, & quid superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet seruus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio; veluti, si is in ipsius peculio sit, quod eò pertinet, vt si quid vicario suo seruus debeat, id ex peculio eius non deducatur.

§.8. Cæterùm dubium non est, quin is quoq;, qui iussu domini contraxerit, cuiq; institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deq; eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillimè solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere seruum peculium, & tantum habere, vt solidum sibi solui possit.

§.9. Is quoq;, cui tributoria actio competit, æquè de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sanè huic modò tributoria expedit agere, modò de peculio, & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius & cæteri creditores. At in actione de peculio antè deducitur, quod domino debetur, & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quòd in hac actione totius peculii ratio habetur, at in tributoria eius tantùm, quo negotiatur. Et potest quisq; tertia fortè parte peculii aut quarta, vel etiam minima negotiari, maiorem autem partem in prædiis, vel mancipiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisq; vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certè qui potest probare in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

§.10. Quæ diximus de seruo & domino, eadem intelligimus & de filio & filia [& nepote, & nepte, & patre auove, cuius in potestate sunt.]

§.11. Illud propriè seruatur in eorũ persona, quod Senatusconsultũ Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt, & ei qui crediderit, denegatur actio tàm aduersus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve (siue adhuc in potestate sint, siue morte parentis, vel emancipatione,

cipatione suæ potestatis esse cœperint) quàm aduersus patrem auumve, siue eos habeat adhuc in potestate, siue emancipauerit. Quę ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

§. 12. Illud in summa admonendi sumus, id, quod iussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directò posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur.

COMMENTARII.

Continuationem tituli videbis ex ipso textu. Obserua autem proponere hîc Iustinianum singulariter ex tit. *D. eod. cum aliis nonnullis*, actiones, quæ competunt ex cõtractu vel quasi eorum, qui in aliena sunt potestate, vt filiifamilias & serui quasiue serui aduersus alios, id est, parentes aut dominos. Nam ex eorum contractib. vel quasi ii etiam conueniri possunt, quorum sunt in potestate, idq; ex bono & æquo & iure, prętertim prætorio, quasi ipsi parentes his hominibus imperio suo subiectis quidam contrahẽdi auctores fuerint. Sunt autem actiones, quibus parentes & domini ex contractu filiorum & seruorum conueniuntur, de quibus hic agitur, hæ: Actio de peculio; actio ꝙ iussu; de in rẽ verso; actio exercitoria, institoria, tributoria. Et notandum ex his actionibus alias habere aliam naturam, vim, exitum, & effectum, vt multũ intersit, quanam agas; nam & concurrunt sæpe ex negotio, quod accidit. De quo monet Imperator infra *eod. tit.* Sed videamus de his ordine. Et obserua hic Iustiniani in tradendo methodum.

§. 2. Si igitur iussu domini, &c.

Prima actio ex tit. *quod iussu.* Et videndum est nobis, cui, aduersus quem, & quando hæ actiones competant. Hæc actio competit in dominum vel patrem, cuius iussu filio credidimus, puta mutuum dedimus. Et cum filio quidem, cui dedimus, agimus directa actione ex eo cõtractu, puta ex mutuo, mandato, &c. Sed cum patre eadem quidem ex causa agimus, sed cum hac tamen qualitate & adiectione, *quod iussu.* quippe eius fidem maximè secuti videmur. Et datur ea actio aduersus eum, qui iussit in solidum. *d. tit. D. quod iussu. & ibi in l. 1.* Hic autẽ tenendũ est, mandatum quoddam esse iussum, & proinde semper videndum est, quid pater iusserit. Et potest hic repeti tit. de mandato, de quo *lib. 3.* vide *l. diligenter. D. mandati l. 3. D nostro tit.* Ex his breuib. intelligi potest, aduersus q̃ sit hæc actio, & quando locum habeat; quæ instituetur sic, vt narret Actor, quando *iussu Titij patris Caio ipsius filio mutuo dederit tot, & in hoc patris fidem secutus, quem, elapso constituto tempore, vt iam pecuniam sua fide creditam redderet admonuit & nihil tamen effecit. Petere se itaque, vt iudicetur patrè ex suo iussu teneri, & vt compellatur eam pecuniam, prout ius & ratio postulat, reddere.*

§. 3. Eadem ratione Prætor, &c.

Iam de actione Exercitoria & Institoria. Exercitoria actio est actio in personam, quæ datur in eum, qui seruum aliquem magistrum naui præfecit. Nam si cum eo contractu negotium gestũ erit, ex hoc ipse, qui eum proposuit, in solidum obligatur, & tenetur soluere ꝙ debebitur. Idq; ea ratione, quod qui cum eo magistro contrahit, fidem

domini maximè sequi videtur, & decipi eum non decet. *D. de exercitoria act. & ibi in L.1.* Et hîc breui definit, cui & quando vtilis sit actio hæc? Et omninò tenendum est, ita demum exercitorem, qui est primus & principalis dominus nauis, teneri, si negotiũ cum eo ipsius magistro gestum erit, cuius rei gratia is præpositus est. Nam præpositio dicitur certam legem dare contrahentib. *d.L.1.* Habebit autem hæc actio locũ & si liber homo & sui iuris ita sit præpositus *d.L.1.* Et quemadmodum obtinet & competit actio exercitoria: ita institoria, si sit aliquis tabernę forsitan, aut cuilibet alii negotiationi, veluti emendi vendendique vini, præpositus. Tenebitur enim & cõuenietur ad similitudinẽ & rationem omnem superioris is, qui istum institorem præfecit. Institor dicitur, quod, qui in hanc rem præficitur, quasi negotio gerendo instet. Itaque hæc actio nomen habet ab eo, qui præpositus est; illa ab eo, qui præposuit. Vide *D & C. de Institoria act.* Atque agetur ad hunc modum vel similem aliquem, vt narret actor *rem ipsam, quando proponit aduersus Caium Reum, quod nauim habeat, cuius omnes obuentiones & redditus ad ipsum redeant, & huic naui Lucium quendam Magistrum præposuerit, cui actor ad reficiendas eas ipsas naues mutuo dedit aureos 100. quos æquum est & lex scripta habet, vt ipse exercitor, cuius fidem hoc iure actor secutus videtur, restituat. Itaq; petere, vt iudiciario officio & potestate compellatur &c.* Et sic dicet in actione Institoria, se pecuniam ad commoda vina dedisse.

§. 4. Introduxit & aliam actionem, &c.

Sequitur actio Tributoria. Sed de hac postea. Prius videamus alias, quæ supersunt, nempè de peculio & de in rem verso. Actio de in rem verso locum habet, si, quod filio datum est, in rem patris sit versum. Atqui in rem versum dicitur, quod necessariò vel sanè vtiliter in rem impẽsum & versum est. Et ideo hæc quoq; actio datur saltem eatenus, quatenus in rem versum est. *D. de in rem verso.* vbi narrat actor: *Se Caio filio Titij mutuò dedisse 100. quæ ipse patris negotia administrans in eius vtilitatem vertit, patrem monitum & rogatum non soluere. Petere se itaque, vt, quod ius & ratio postulat, ad soluendum compellatur.*

Nunc de actione de peculio. Et quid sit peculium & quotuplex in persona filiifamilias, alio loco tradi solet. Quod ad filiumfamilias attinet, habet potissimùm locũ hæc actio in peculio profectitio, quod ad patris rationes pertinet. Et iam notum aliunde est & esse debet, filiumfamilias ex suis negotiis obligari & conueniri posse, sed tamen & pater, quod ab ipso filius peculium habeat, quod itidẽ peculium ad rationes ipsius patris pertinet, iis in negotiis consentire videtur, etsi non iusserit, non sit in rem versum, nõ sit filius magister nauis, aut institor. Et in parentem igitur erit actio. Sed tamen, quod æquitas desiderat, non in solidum, verùm saltem peculiotenus, id est, quantum pater ex peculio facere potest. *supra tit. prox. §. actiones autem item §. sunt præterea. diuisione sexta, item tit. D. de peculio.* Atque hic amplius adhuc quæritur, quomodo peculium intelligatur? Docet itaque Iustinianus, peculium intelligi deducto prius omni ære alieno, etiã quod naturaliter debebitur, vt ex eo, quod tum superest, debeatur, quatenus est in peculio. Ita *infra in § cum autem quæritur*, & vide C. *eod. tit. l. pen & D. l. 9 § 2. de peculio.* Itaque hac actione ii putant agendum, vt narretur factum, *quomodo actor Caio, Meuij filio vendiderit rem talem aureis tot. Atqui licet ipse Caius pro sua persona obligatus sit, Meuium tamen patrem peculium ei concessisse, & peculium ipsius habere; se itaque petere, vt iubeatur Meuius pater eam pecuniam, puta 100. dare, vel sanè eatenus dare & soluere, quatenus peculij vires patiuntur.* Vide Oldendorp. *class. 4. act. 7.* Item Cun. Goldstein *pag. 191.*

Nunc ad extremum de actionè tributoria. Ea

ra. Ea actio dicitur habere locum, cum is, qui in aliena potestate est, non tam alieno, quàm suo proprio nomine, sciente tamen & permittente eo, in cuius est potestate, exercet certam negotiationem, in eo peculio eiusuè parte, veluti in mercibus peculiaribus. Atq; hoc casu, si quid hic seruus Titio debet, Titius is aduersus dominum aget, non tamē actione illa, qua licet domino deducere, quod naturaliter sibi debetur, quæ est actio de peculio, vt iam audiuimus. Sed potest sic agere, vt dominus velut itidem extraneus debitor non debeat aut non possit deducere, verùm magis admittat æqualem tributionem vel distributionem, vt si in mercibus istis peculiaribus sint 54. & ipsi domino debeātur 100. Titio itidem 100. & totidem Meuio, non poterit dominus conuentus deducere 100. sed veniet in tributum, & accipiet tantum, quantum singuli ex aliis Creditoribus, quibus hic non præfertur ex priuilegio, nempè accipiet 18. & eam dicunt esse actionem tributoriam. Vide *D. de tributoria act.* Narrato itaque facto, quomodo dominus vel pater passus sit sua voluntate filium negociari, verbi gratia, in panno Anglico, veluti in merce quadam peculiari, & actor ad eam rem pro tot aureis pannos huic filio vendiderit, petit patrem, qui merces istas & inde recepta habet, cōdemnari, vt merces filio & inde recepta tribuat, vt actor suum consequatur; vel si plures concurrant, vt æqua diuisione facta consequatur actor vnà cum aliis, patre etiam, qui non præferatur quasi in peculio pro rata, quod sibi debetur. Vide *D. d. tit.* Item Ioan. Oldendorp. *class 4. act 6.* Et hæc de istis actionibus sex, aduersus parentes & dominos, &c.

ȳ. Licet enim vna, &c.] Hoc vult: Actio de in rem verso est veluti adiectio quædam, quæ inest actioni de peculio, vt, qui de peculio agit, ita agat, vt siue in rem domini versum sit, accipiat, siue non sit, itidem obtineat; Iudex etiam, qui actione hac de peculio aditur, ante videat, an in rem domini versum sit, & eatenus in solidum damnet dominum. Quod si non sit in rem domini versum, aut non totum sit, eatenus condemnat pro ratione peculii, nempè, vt peculii habeatur ratio, & liceat deducere, quod domino debetur. Ita igitur ait hic: duas habet condemnationes.

§. 8. Cæterum dubium non est, &c.

Hic tradit de concursu harum actionum, nempè has actiones in vno casu, vel ex vno facto concurrere posse. Finge, vendidi filiofamiliàs aliquid; potest fieri, vt iussu patris sit factum; potest fieri, vt liceat agi de in rem verso; possum de peculio agere, etsi magister nauis fuerit, aut institor. Sed sunt tamen hæ actiones omnes rei persecutoriæ. itaque alia aliam perimit, nec omnes simul competunt, vna saltem eligenda est. Iam extat hic pulcher locus, qui commendat nobis tit. de actionibus, quatenus in eo discimus naturam omniū actionum. Nam ostendit Imperator hic, magnam stultitiam admitti in eligenda actione, nisi benè scias vim & ingenium actionis, & eam vim siue naturam diligenter excutias.

§. 11. Illud propriè seruatur, &c.

Dixit de actionibus, quibus conueniuntur alii ex contractu aliorum, siue quæ ex aliorum contractibus in nos competunt, cum tamen alioquin & ipsi filiifamilias ex suis contractib. obligentur & conueniri possint. Nunc excipit ab his propter Senatusconsultum Macedonianum, ex quo factum est, vt ex mutuo filiofamiliàs, inscio parente dato, nec filius ipse, nec pater eius conueniri & condemnari possit, nec quidem peculiotenus. Id factum est odio fœneratoris Ma-

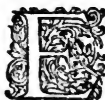
ris Macedonis, & in pœna creditorum, de quo *hic & l.1. D. eod.* & apud Suetonium in Vespasiano. Et ex rationibus appositis pertinet hoc SC. tantum ad mutuum, & sanè creditæ pecuniæ;in cæteris enim contractibus manent regulæ,de quibus hactenus, id est,obligabitur filius & pater. *D. ad SC. Macedon.* Si tamen fraus fiat Senatusconsulto, vindicabitur id, etsi aliud videatur actum *d. tit.* Porrò filiumfamilias mutuum accipientem obligari scilicet naturaliter, verum est, sed actio non datur,& omninò tutus est,opposita exceptione Senatusconsulti, quam exceptionem quandocunque obiicere licet ante solutionem, solutum verò repeti non potest. *l. 9. §.fin. cum duabus sequent. D. eod.* Sunt tamen & aliæ exceptiones, in quibus sine ob quas Senatusconsultum locum habere non debet, sed magis oportet cedere legem hanc,quæ videtur in creditores prædura,vt valeat æquitas mutuationis. Ecce si pecunia filiofam. studiorum causa credita sit. Sed & hic obseruandum, non debere mutuum dantem excedere modum patris, id est, ad quē pater filio subministrare solet. *l.7.§.7 quod dicitur. D.eod. l.Macedoniani. C. eod.* Sane ꝙ in patris rem versum est, à patre rectè petitur. *d.l.7.§.proinde.* & multo magis etiam quod patris iussu datum est. *d.l.Macedoniani, item & l.tamen sciente.D.eod.* Cætera obserua hic annotata in glos. Illud quæsitum est,an huic Senatusconsulto renunciari possit? Et scribit Accursius,quod non. *d.l. tamen sciente.* & id placet eruditis.

§. 12. Illud in summa, &c.

Nunc docet ex contractu tali filiifam. vel serui nō tantum patrem vel dominum obliquè conueniri,quasi ex contractu filii, qui sub potestate est,sed etiam directò, quasi ex contractu ipsorum parentum vel dominorum, quippè quod ipsorum præcipuè fide cum his contraxerimus. Vnde hic alia actionum diuisio notari poterat,sed ex leuibus tantum accidentibus.

DE NOXALIBVS ACTIONIBVS.

TITVLVS IX. Vulgò VIII.



EX maleficiis seruorum,veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditę sunt,quibus domino damnato permittitur,aut litis æstimationem sufferre,aut ipsum hominem noxæ dedere. Noxa autem est ipsum corpus,quod nocuit,id est seruus,noxia ipsum maleficium,veluti furtum,damnum,rapina, iniuria. Summa autem rationepermissum est noxæ deditione fungi. Namq; erat iniquum, nequitiam eorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

§. 2. Dominus noxali iudicio serui sui nomine conuentus seruum actori noxæ dedendo liberatur, nec minùs in perpetuum eius serui dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est, [seruus] resarcierit quæsita pecunia, auxilio Prætoris inuito domino manumittetur.

§. 3. Sunt

§. 3. Sunt autem constitutæ noxales actiones, aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni iniuriæ ex lege Aquilia, Edicto Prætoris, veluti iniuriarum, & vi bonorum raptorum.

§. 4. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si seruus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio. Si autem in alterius potestatem peruenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directò ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diuerso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is seruus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ antè directa fuisset.

§. 5. Si seruus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Namq; inter dominum, & eum, qui in potestate eius est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque & si in alienam potestatem seruus peruenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cuius nunc in potestate sit, agi potest. Vnde si alienus seruus noxam tibi commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoq; licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum si dominus in seruum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit seruus vllam actionem contra dominum habere potest.

§. 6. Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis, & fœminis admisere. Noua autem hominum conuersatio huiusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimauit, & ab vsu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum, & maximè filiam, in noxam alii dari, vt penè per filii corpus pater magis, quàm filius periclitetur ? cùm in filiabus etiam pudicitiæ fauor hoc benè excludat. Et ideò placuit in seruos tantummodò noxales actiones esse proponendas, quùm apud veteres legum Commentatores inuenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamiliarum pro suis delictis posse conueniri.

COMMENTARII.

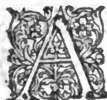
DIXIT separatim de actionibus ex contractibus eorum, qui sunt in potestate, nunc vult etiam seorsim admonere de actionibus ex ipsorum delictis; nempe & hoc nomine conueniuntur ii, qui in potestate eos habent. Quomodo autem conueniantur docet, videlicet non de peculio, sed noxaliter, quod est vt noxam præstent, aut si tamen velint, possint noxam, hoc est, quod nocuit, pro noxa, id est, pro peccato siue delicto dedere, & ita noxæ præstationem euitare. Quod summa ratione creditur esse factum, nempe vt & domini discant seruos suos diligentius continere in officio & disciplina, & seruorum petulantia non sit impunita, & tamen etiam seruorum nequitia supra eorum æstimationem domino innocenti non sit damnosa. *D. eod. tit. l. 2. 3. & 4.* Effectus amplius deditionis est, quod ita deditus transeat in Ius & potestatem eius, cui

Yyy deditur,

deditur, & cui nocuit, ita tamen, vt possit deinceps etiam is seruus se redimere, si offerat litis & damni æstimationem, ita hic, & vide Theophilum. Porrò hac actione noxali dominum teneri & liberari, ita demum verum est, si seruus ignorante domino noxam commisit. Nam si sciente domino & prohibere valente commisit, in solidum dominus obligatur, etiam directò, id est, detracta noxæ deditione, *d.l.2.3.& 4* Et ita stabilitur hæc regula: *Qui scit & prohibere potest, & tamen non prohibet, æquè in culpa, & culpæ reus est, teneturq; l.culpa caret, & l nullum crimen. D. de regulis iuris. item c. facientis distinct. 86.* (hoc verum est, si potest iure scil. & facto, vt Baldus hic inquit.) Atqui si domino ignorante commissum sit delictum, lege ipsa habet arbitrium soluendi, vel litis æstimationem, vel seruum dedere, adeo vt Iudex hanc potestatem adimere non possit, & Iudicis officium sit, vt nō præcisè condemnet, sed sub disiunctione vel noxam sarcire, vel seruum dedere, vt sic euitet litis æstimationem. Imò etsi litis æstimationem præstari Iudex iussit, potest dominus quandocunq; etiam post sententiam seruum noxæ dedendo liberari, quoniam id beneficium à lege est, & in hoc debet esse arbitrium Iudicis, ita *hic* & infr. *de officio iud. §.fin. & in l.miles D. de re iudic & D. eod. l.1.& 2.§. 2.* Et sic supra etiam huiusmodi actio annumerata est actionibus noxalibus. Sed quod diximus, hac actione conueniri nos ex delictis eorum, qui sunt in potestate, in persona filiifamiliâs mutatum est, vt hîc scribitur. Neq; enim ex his delictis conueniuntur nunc parentes; & noxæ deditio hæc esset admodum insuauis, verùm ex delictis conueniuntur saltem ipsimet filii. Quod si tamen filius propter delictum conuentus & condemnatus sit, vt puta, pecuniariè, potest deinceps pater actione iudicati pro peculio conueniri. *l. 21. C. de furt. l. 33. cum sequenti. D. eodem.* Quod restat, quæsitum est diligentius, aduersus quem omninò sit hæc actio noxalis? Et de eo regula est: Actio noxalis sequitur caput, id est, semper ista & talis actio caput & serui dominum sequitur, de quo audies longum textum & casus multos. Quod disputatur rursus in prolixori textu, §. *si seruus domino.* an hæc actio domino ipso dari possit, id totum pendet ex regula *in l.lis nulla. D.de iudic.* vbi inquit Iurisconsultus: Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus.

SI QVADRVPES PAVPERIEM FECISSE DICATVR.

TITVLVS X. *aliàs IX.*



ANimalium nomine, quæ ratione carent, si qua lasciuia, aut pauore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tabularum prodita est. Quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex 12. Tabularum scripta est, vtputà, Si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam mouentur, locum habet. Cæterùm si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si vrsus

si vrsus fugerit à domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conueniri, quia desiit dominus esse, vbi fera euasit. Pauperies autem est damnum sine iniuria facientis datum. Nec enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

§. 2. Cæterùm sciendum est, ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, vrsum, leonem ibi habere, quà vulgò iter fit; & si aduersus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum iudici videtur, tanti dominus condemnetur; cæterarum verò rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

COMMENTARII.

QVIA dixit de noxali actione, qua domini ex delictis seruorum conueniuntur, addit & alias noxales actiones superioribus similes, ex damno dato per alterius bruta animalia; nam & hoc nomine dominus animalis conuenitur, vt noxam sarciat, damnumuè vel litis æstimationem præstet, aut animal, quod nocuit, dedat pro noxa, quæ actio ex l. 12. tabularum est, & vocatur actio noxalis de pauperie quadrupedis. Pauperies damnum est, sed à brutis datum, id est, sine iniuria dantis. *l. 1. D. eod.* & vide de hac actione etiam *in c. 4. & vlt. tit. de iniuriis. & damno, in iure pontificio.* Iure Saxonico dicunt, si dominus animalis velit hac electione, qualem esse diximus in actione noxali, vti, expellere à se debere animal, & vt Saxo loquitur, Er sols außschlagē / weder hausen / ätzen oder träncken. Hæc quidem est summa disputatio huius tituli. Sed iam tamen quæritur, quando omninò huic actioni possit esse locus, quando non? Et, si placet hæc etiam methodus, est hic locus communis de damno, quod datum est nobis per brutum animal. Et incidunt hic alia etiam remedia, quæ dicunt concurrentia; occurritque etiam diuersum Ius Saxonicum. Imprimis, vt huic nostræ actioni sit locus, quadrupedem esse oportet & pecudem, quæ damnum dedit. Quid igitur, si bipes sit? Dicunt vtilem hanc actionem locum habere *l. vltim. D. eodem titulo.* Quid si bestia nocuit? Habet locum alia actio ex ædilitio edicto, saltem de damno, de qua postea, & cum hac concurrit vtilis actio de pauperie. Iam verò iterum factum etiam considerandum est. Nam ita demum huic actioni locus est, si contra naturam commotum animal nocuit, id est, sine vlla irritatione. Quid si irritatum nocuit, aut concitatum dum cæderetur? Sanè culpa hominis id est factum. Magis igitur erit locus legi Aquiliæ contra eum, qui concitauit. Quod si, qui concitauerit, non apparebit, æquum esse videbitur, vt tunc saltem de pauperie actio detur. *l. 11. §. ad eum. D. ad l. Aquil l. 1. D. eodem.* Si nocuit illi, qui ipse irritauit & concitauit, sua culpa læsus est, nec vllam habebit actionem. Ita pulchrè monuit Iulius Paulus *lib. sententiarum 1. 15.* Quid si nocuit animal vel damnum dedit sequens suam naturam, id est, non contra naturam, sed dum sequitur suam naturam, veluti pascendo vel depascendo nostrum? Est hæc alia actio, quæ vocatur de pastu pecoris, siue pecus alienum in nostro depastum

quid sit, siue de proprio in pastu etiam nostro; & agitur ea actione in factum ad damni æstimationem. Potest tamen hic etiam agi actione legis Aquiliæ, atq; adeo hac ipsa etiam præsenti actione de pauperie, prout casus erit. De quo vide *l. qui seruandarum. §. vltim. D. de præscript. verb.* & Iulium Paulum *prædicto loco. item D. tit. de glande legenda.* Atque hic interim etiam sciendum, primò, prætorem voluisse, vt fructus, qui in alienum agrum ceciderint, tertio quoque die colligere liceret, & collecturo vim fieri vetat. vide *lib. 2. tit. 1.* Et potest hoc ipsum, vt fructus ex arboribus meis in tuum decidant, variè fieri. vide *D. de glande legenda.* Secundò sciendum etiam, iure nostro non licere alienam pecudem in agro nostro deprehensam agitare, verberare, nimirum cum periculo & vehementius, imò nec includere. Cæterum si damnum dederit, actionibus istis, de quibus dictum est, experiũdum. vide *l. Quintus Mutius. item l si bonis. D. ad l. Aquil.* Illud verum est, licere alienam pecudem, quæ nocet, si aliter euadere non possis, defendendi tui causa occidere; extra hoc teneberis lege Aquilia. Sed hoc pertinet ad l. Aquiliam. Et hæc quidem ex Iure nostro, cum quibus cõfer, quod scribitur *Deut. 22.* Vide etiam in hũc locum actionis de pauperie, quod scribitur in Constitutionibus nouis Imperii, *art. 136.* Illud etiam constare potest, si rami ex vicini mei arbore in meum fundum dependeant, me nihil inde damni oportere sentire. Vide *D. de arboribus cædendis*, & Iure quidem Saxonum deciditur expresſè, si dominus nolit ramos eos tollere, fieri fructus meos, nullamque actionem istorum fructuum nomine competere. *lib. 2. Landtrecht. art. 52.* vbi latius notatur; & hoc nõn est iniquum.

Sed iam videamus quædam exactius de iure Saxonum. Dixi supra in actione de pauperie, videri aliquid esse discriminis, de quo vide *lib. 2. art. 40.* Præterea vero iure Saxonico licet omninò alienam pecudem in agro nostro repertam includere, & pignoris loco retinere, donec de damno satisfiat. *d. art. 40. cum aliis nonnullis.* Amplius permittit hoc quoque ius, durius etiam abigere pecudem alienam in nostro repertam. Vide *art. 40. & 47.* vbi latius etiam notatur; & annotarunt etiam latius auctores differentiarum. Quidam putarunt ex glossulis etiam durioribus occidere eam pecudem & domino obiicere, puta gallos & gallinas in tuo pascentes. Vide quæ notantur *prædictis illis art.* Sed nisi hoc sanè intelligas prudẽter, &, vt dici solet, apposito sale, vehementer & periculosè oportet vt erres; quod omninò faciunt, qui sine fonte & fundamento ex Commentariis tantùm sapiunt, qui postea etiam in praxi sunt illi, quos veteres dixerunt litium concinnatores, moratores, & obturbatores. Verùm ad rem. Amplius adhuc Iure Saxonum pro animalibus etiam occisis certæ sunt pœnæ pecuniariæ. Vide *lib. 2. art. 62. libr. 3. art. 48. & 51.* Ita igitur hactenus de damnis datis ab animalibus brutis, & sequitur deinceps etiam edictum Ædilitium.

§. 2. Cæterum sciendum est, &c.

Prohibent Ædiles feram bestiam, vel canem mordacem, aliudue animal, quod nocere potest, eo loco habere, per quem vulgo iter fit. Si contra fiat, & homini libero per hoc nocitum sit, pœna certa est pro qualitate facti, vt hic vides, & vide *D. de Ædil. edict. l. 40. cum duab. seq. item l 3. D h tit.* Et sanè si ea fera bestia, quæ mihi nocuit, tua sit, & in tua potestate, possum tecum agere vel hac actione ex Ædilitio edicto, vel, si magis volo, vtili actione noxali. Et sic applicat hic Iustinianus regulam *ex l. nunquam. D. de regulis iuris.* vbi inquit textus: *Nunquam plures actiones, præsertim de eadem re concurrentes, alia aliam consumunt.*

*

DE

DE IIS, PER QVOS AGERE POSSVMVS.

TITVLVS XI. *aliàs X.*

NVnc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cùm olim in vsu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela.

§. 2. Præterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipublicæ causa abessent, quíue in eorum tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quòd alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per Procuratores litigare. Nam & morbus, & ætas, & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ [iustæ] causæ sæpè hominibus impedimento sunt, quò minùs rem suam ipsi exequi possint.

§. 3. Procurator neque certis verbis, neque præsente semper aduersario, imò & plerumq; eo ignorante constituitur. Cuicunque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus Procurator intelligitur. Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

COMMENTARII.

AD actionum exercendarum & proponendarum rationem hoc pertinet, vt sciamus per quas personas agere liceat. Ideoque cum dixerit de actionibus, quibus alieno etiam nomine conuenitur, visum est commodum dicere etiam deinceps de iis personis, quę agere possunt; & meminit Procuratorum, item Tutorum, Curatorum & aliorum nonnullorum. Et imprimis quæri de hoc poterat, an per alium causa nostra veluti actio & exceptio expediri possit aut debeat? Et docetur hîc, olim id non licuisse, quippe videbatur facilius & citius posse quæri veritatem per ipsos reos præsentes. Sed postea intellectum, id non minimam, vt hîc scribitur, habere incōmoditatē, & multæ causæ sunt, propter quas res nostras ipsimet exequi & expedire non semper possumus, vt hîc *in vers. nam & morbus.* & vide *D. de procurat. l. 1. ad finem.* vbi de vsu Procuratorum, item *in l. 1. D. de postb.* & Cicer. pro Roscio Amerino. Itaque vtiliter receptum est, vt alii aliorum negotia & causas suscipiant, siue suscipere, agere & defendere possint, qua in re magna est personarum varietas, & variè eæ personæ possunt appellari. Et non modo hoc est, quod alii nostra negotia procurant extra iudicium, qui sunt Procuratores extraiudiciales, sed & in iudicio. Qui id faciunt, alii amicitia & affectione ducti id faciunt, alii officium fortè officio commutantes, vel pro mercede, & alii etiam necessitate quadam sui officii; rursusque alii ex his etiam omnibus mandato domini, alii sine manda-

to, alii priuatorum causa, alii vniuersitatum. Vide itaque *D. de Procuratorib. & defensoribus.* Vbi maximè etiam de Procuratoribus forensibus siue iudicialibus, de quibus nos hoc loco etiam agimus; & Procurator Actoris est, Defensor Rei. Hinc etiam videntur esse vel sanè ex his, qui pro aliis postulant. Postulare est desiderium alterius in iure apud eum, qui præest Iurisdictioni, exponere. *D. de postulando l. 1.* qui dicitur Patronus & Aduocatus.

Iam horum officium est, fideliter seruire suo clienti. Vide *l. 1. & 3. D. de praeuaricatorib.* vide etiam *C. tit. de aduocat. diuers. iudic. & ibi in leg. prima.* & hic obserua ex eodem illo titul. *C. l. aduocati 14.* quæ continet commendationem huius functionis. Vide amplius de officio horum causidicorum *in l. quisquis 6 C. de postulando.* vbi docetur, eos à conuitiis & aliis maledictis ad causam non pertinentibus abstinere debere, debere hoc agere, quod causa desiderat, non industria protrahere litem. Docetur etiam *in l. nemini 11 C. d. tit. de aduocat. diuers. iud.* peritia Iuris eos instructos esse oportere. Vide & *l. iubemus pro tempore,* vbi fit mentio statuti temporis studiorum, ne audacia quadam ante tempus ad forum & forensia negotia prouolent Vide & *l. rem non nouam 12 §. patroni. C. de iudiciis.* vbi de eorum iuramento. Vide de his personis etiam in Constitutionibus recentioribus Imperii in ordinatione Iudicii Cameræ anni 1555. *parte prima cap. 18. & deinceps.* item in Ordinatione iudicialis Curiæ siue Cameræ Electoratus Saxonici, non procul ab initio, vbi etiam de horum iuramento, quo in initio iurant de sua fide in causa. De malis & peruersis causidicis saltem lucra sectantibus & ista negligentibus Iuuenalis, *satyra 7.* Aristophones *in Comedia Bruti*, Mantuanus *ecloga 4.* Dominus Cuiacius *lib. obseruat. 4. cap vltim.* Item Ioan. Ferrarius *de Republ. lib. 4. cap 4.* item felicis & venerandæ memoriæ Dominus Lutherus in Micham *c. 3.* Discamus igitur nos ex eodem Iuuenali, vt futuri Aduocati causidici simus boni.

Esto bonus miles, tutor bonus, arbiter item
Integer. Iuuen. *Satyra 8.*

Sed deinceps singulariter de Procuratoribus, quorum hic meminit. Et quæritur potissimùm, qui possint ad iudicium Procuratores constitui? Quis possit procuratorem sibi constituere? quomodo Procurator constituatur, & quomodo itidem reuocetur? Et de duobus prioribus capitibus adeoq; etiam de tertio monet præsens textus, vbi ait, in prima enunciatione quemlibet hominem aut suo, aut alieno nomine agere posse, & deinde alio enunciato, cuique permiseris rem tuam agere, is tuus Procurator intelligitur. Ex quibus colliges, procuratorem constituere posse quemlibet suæ causæ, & rursus posse constitui vnumquemque, quod tamen intellige, modò sit persona idonea & non sit prohibita, de quo videbis *D. titul. de procurat.* Et in summa Procuratores esse prohibentur, qui iudicio & mente carent, & aliàs ad negotia inepti sunt, vt furiosus, mutus, surdus. &c. Sed & ob sexum fœmina prohibetur *leg. 19. C. eod. titul. de procurat. l. 2. D. de regulis iuris.* Ob ætatem minor 25. annis *l. 2. C. eodem. item c. qui generaliter. §. fin. de procurat. in 6.* Sunt & aliæ personæ, quæ ob leuiores etiam causas prohibentur. Et infames olim prohibebantur, sed infra alio titulo ostendit Iustinianus id esse mutatum, ne ob hasce minutias causæ periclitentur, & de his vide *in d. tit. D. & Cod.* Vide etiam Practic. Chilianum König. *in praxi cap. 11. cum aliis antecedentibus & conseq.* Et hinc sunt illæ exceptiones dilatoriæ & procuratoriæ, de quibus infra.

Iam quomodo constituatur Procurator etiam indicatur, nempe cuiusque permissu & voluntate, id est, nudis verbis & mandato. Et incidit hic contractus in mandatum, vel etiam incidit in hunc contractum disputatio

tatio mandati, de qua *libro tertio*. Et vt solo consensu Procurator constituitur per mandatum, ita ante litem susceptam potest dominus procuratorem reuocare, mutareuè, sua voluntate, quod ex eodem etiam loco de mandato quodammodo pendet. Vide de his *dict. titul. D. de procurat. & ibi in l. ante litem. cum aliquot sequentib. item C. eod. l. procurator. & c. 2. de procurat. in 6.* Porrò verò non in omnibus tamen causis per procuratorem agere excipereuè licet; nam in publicis iudiciis, adeoque in causis criminalibus Procurator iure nostro non potest interuenire. *l. penult. §. vltim. D. de publ. iud. l. vltim. Cod. vbi senatores vel clariss conueniantur, &c. item D. an per alium causa appell. reddi possint. l. 1.* Excipit tamen Imperator in causa iniuriarum criminali viros illustres, qui per procuratorem hanc litem & causam agere possunt. *l. vltim. C. de iniuriis. & supra tit. de iniuriis. §. in summa.* Atqui iure tamen Saxonum dicunt, in causa iniuriarum semper admitti procuratorem. Reinhardus *diff. 91.* Alii etiam notarunt, moribus Saxonum in omnibus causis criminalibus posse interuenire procuratorem. Vide D. Wesembec. *in Parat. tit. de procurat. num. 5. item tit. de iniuriis. num. 18.* Sed iam, quò ad primam enunciationem, qua dicebatur, posse quemlibet hominē aut suo aut alieno nomine agere, hic in prima parte etiam exceptio est; nam & sunt, qui ipsi suo nomine & per se agere non possunt, siue non debent, quod Iustinianus scribit de illustribus personis in lite pecuniaria, quod honori ipsorum tribuitur *l. vltim. C. dict. titul. vbi senatores vel clariss. &c. item Nouel 71.* Ergò personæ illustres causas ciuiles agere debent per procuratorem, criminales per se, excepta iniuriarum causa, exequi possunt. Sed & hic in iure Saxonum erit quædam differentia, quatenus dicunt, hoc iure fœminam siue mulierem per se in iudicio absque Curatore litis consistere non posse. Notauit idem Wesembecius hoc titulo. *De procurator per articul. 41. libr. 1.* Landtrecht. & potest hic maritus esse ei Procurator, præstita ratione de rato, *l. maritus 20. C. nostro titulo.* Sed de talibus alibi *libro primo* etiam monui. Illud etiam abundè notum est, impuberes & similes non habere legitimam personam standi in iudicio sine Curatore & Procuratore.

℣. Cum olim in vsu, &c.] De hac antiquitate supra dixi. Exceptio tamen additur, nempe pro populo, pro libertate, & pro tutela, alieno nomine agebatur. Populus, qui vniuersus agere non potest, Actorem constituit siue Syndicum. Pro libertate agit vindex siue assertor. Pupillus etiam suam causam per ætatem agere non potest, sed tutor eius nomine agit. Sed & lex Hostilia certa ex causa alium pro alio agere permisit, vt hic in textu.

*

DE SA-

DE SATISDATIONIBVS.

TITVLVS XII. Vulgò XI.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium nouitas per vsum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, vt si victus [esset] nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem potestas esset petitori, aut cum eo agendi, aut cum fideiussoribus eius, quæ satisdatio appellatur *Iudicatum solui*. Vnde autem sic appelletur, facilè est intelligere. Namque stipulabatur quis, vt solueretur sibi, quod fuisset iudicatum. Multò magis is, qui in rem actione conueniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine iudicium accipiebat. Ipse autem, qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator verò si rem agebat, satisdare iubebatur, rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem experiretur. Tutores verò & curatores eodem modo quo procuratores satisdare debere, verba edicti faciebant, sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur.

§. 2. Hæc ita erant, si in rem agebatur. Si verò in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant in actione, qua in rem agitur, ab eius verò parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interueniret, omnimodò satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis iudicium accipiebat in personam: *Iudicatum solui* satisdare cogebatur.

§. 3. Sed hodiè hæc aliter obseruantur. Siue enim quis in rem actione conuenitur, siue personali suo nomine, nullam satisdationē pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantùm persona, quòd in iudicio permaneat vsque ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni cum iureiurando (quam iuratoriam cautionem vocant) vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur. Sin autem per procuratorem lis, vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmauerit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur, eodem obseruando, & si tutor vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt. Si verò aliquis conuenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire, & sui procu-

rato ris

ratoris personam per *iudicatum solui* [satisdationem solemni stipulatione] firmare, vel extra iudicium satisdationem exponere, per quam ipse sui Procuratoris fideiussor existat, pro omnibus *iudicatum solui* satisdationis clausulis, vbi & de hypotheca suarum rerum conuenire compellitur, siue in iudicio promiserit, siue extra iudicium cauerit, vt tam ipse quàm heredes eius obligentur.

§. 4. Alia insuper cautela, vel satisdatione propter personam ipsius exponenda; quod tempore sententiæ recitandæ in iudicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fideiussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum.

§. 5. Si verò reus præstò ex quacunque causa non fuerit, & alius velit defensionem eius subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda potest hoc facere, ita tamen, vt satisdationem *iudicatum solui* pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundùm veterem regulam (vt iam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano iudiciorum vsu in ipsis rerum documentis apparent.

§. 6. Quam formam non solùm in hac regia vrbe, sed etiam in omnibus nostris prouinciis (etsi propter imperitiam fortè aliter celebratur) obtinere censemus, quùm necesse sit omnes prouincias, caput omnium nostrarum ciuitatum, id est, hanc regiam vrbem, eiusque obseruantiam sequi.

COMMENTARII.

DIXIT de personis, quæ agere possint, & per quas personas actiones nostras exequi possimus. Sed ad stabilienda iudicia, vt deinceps feliciorem & certiorem exitum consequantur, opus est imprimis confirmatione personarum, ne postea sint frustrationes & ludificationes, præsertim cum per alios agimus & defendimus. De hoc igitur isto nunc quoq; titulo dicturus est. Ergò personæ de quibusdam rebus in initio litis satisdant, & sunt hæ satisdationes iudiciales, dicuntur etiam stipulationes iudiciales. Satisdare est sponsores dare, qui fideiubeant, id, de quo agitur, suo fore periculo. *D. qui satisdat. cog. l. 1.* Porrò est, vbi ob has & eiusmodi causas non satisdatur, sed saltem iuratur, vel nude, vt dicitur, repromittitur. Et dicuntur magis cautiones quàm satisdationes. *l. sancimus. C. de verb. signific. & l. satisdationis. D. de verbor. signific.* sicut ob has ipsas ferè etiam causas in initio de calumnia iuratur, de quo infra alio titulo. Is etiam, qui satisdare, id est, fideiussorem dare se non posse ait, nonnunquam ad iuratoriam cautionem admittitur, vt prius tamen hoc ipsum iuret, se satisdare non posse. *Nouel. 112. cap. 2.* Porrò promissiones & satisdationes, quæ ob hoc fiũt, sunt in summa hæ. Prima cum promittitur & satisdatur iudicatum solui, in quo hoc est, rem rectè defensum iri, id, quod iudicatum erit, rectè præstitum iri, & dolum malum omnem ab ea re absuturum. *D. iudicat. solui.*

Secunda, cum promittitur amplius, neminem petiturum, & ratum habiturum, quod agetur & iudicabitur, eum, cuius nomine agitur. *D. rem ratam haberi.* Tertia, quod promittitur etiam, quod vocatus velit se iudicio sistere, de quo *D. lib. 2 titul. 6 in ius vocati vt eant. aut satis vel cautum dent & D. titul. qui satisd. cog.* & vocatur hæc satisdatio iudicio sisti. Sed & satisdare solent, quod velint iudicio adesse vsque ad finem litis; quod velint adesse præsertim dicendæ sententiæ, vt hic in textu. Solet etiam satisdari, quod velint litem contestari intra duos menses, quod si victi fuerint, quasi iniustè mouissent lites, quod velint decimam partem litis nomine impensarum soluere. Vide de his posterioribus *Nouell. 53. de exhibendis reis. item Nou 96. de executorib. & d. Nouel. 112. cap. 3. quoq;* & inde extractæ sunt Authenticæ. Sed notauit hic Accursius, earum satisdationum plerasque non esse in vsu. Porrò ex superioribus satisdationibus iudicatum solui & rem ratam haberi, obligatio ferè est, quanti ea res erit. Hodiè etiam hoc obseruari solet, loco eius satisdationis, qua promittitur ad finem vsque in lite permansurum, vt omissa satisdatione litigatores domicilium in territorio eligant, vnde citari & respondere possint. Notauit Dominus D. Wesembecius *in parat. titul. qui satisdat cogant. num. 6.* Receptum etiam est, vt nonnunquam depositione pecuniæ caueatur, de lite rectè persequenda, vt idem notat *eodem titulo. numer. sexto.*

Sed his præmissis, nunc videamus ex textu nostro, quomodo singuli in iudicio satisdare debeant, vbi Iustinianus hunc ordinem obseruat, vt primo dicat de iure veteri; deinde de nouo. Et procedit imprimis hoc modo, vt ostendat, quæ satisdationes vsitatæ fuerint, cum dominus litis ipse in iudicio est; quæ cum alius nomine domini agit & defendit; quæ ex parte actoris; quæ ex parte rei; quæ in actionibus in rem; & quæ in actionibus in personam. Sed de hoc in textu.

Quoad ius nouum, quo vtimur, breuiter res ita habet. Ipse actor & Reus domini litis hodiè non satisdant, § *sed hodie. infra eodem.* Sed tamen cauet Reus, quod velit iudicio adesse, vsque ad finem siue exitum litis, & id pro qualitate personæ: aut enim satisdat de hoc, aut iurat, aut repromittit. Iurat illustris *l. quotiens. Cod de dignitatib* Item qui possidet immobilia. *l. sciendum D. qui satisdar. cogant.* Repromittit Clericus. *l. cum clericis. & l. omnes. Cod. de episcopis & clericis.* Cæteri satisdant. Actor igitur nihil facit. Atque, quod ad reum etiam attinet, dixi supra magis etiam nunc remissa illa satisdatione sufficere, vt putant, quod domicilium eligat, & si deinceps reus non comparеat, contumax haberi potest, vt præsertim iure Saxonum amittat causam. vide Chil. König. *cap. 46.* Quoad Actorem, etiam dicunt, eum Iure Saxonum satisdare debere pro expensis & reconuentione. Vide eundem Chil. König *prædicto cap. & sequentib.* item Auctores *Different.* Per alios autem cum litem instituunt & suscipiunt, id est, per Procuratores & defensores, satisdatur, & Procurator quidem actoris satisdat, dominum rem ratam habiturum. *dict §. sed hodiè. versicul. sin autem.* Sed hoc tamen cum hac limitatione, nisi vel absentis domini mandatum, vel præsentis auctoritatem & approbationem habeat, *vt infra ibidem. item leg 1. l. 12. D rem ratam haberi. leg. prima Cod. de procurat. leg prima. Cod. de satisdat. & l 39. D de procurator.* Atque ita quidem, cum de mandato constat, Procurator actoris non satisdat. Iure tamen Saxonum, vt ipse actor satisdat de expensis & reconuentione, ita ipsius quoque Procurator, si actor bona immobilia in loco iudicii non possideat. Vide Chil. König *in praxi cap. 46.* Nunc ad procuratorem Rei. Ille satisdat iudicatum solui. *infra eodem. versicul. sin vero aliquis*, & hanc satisdationem omnino præstabit. *l. vnica. C. de satisdando.* Aut sanè ipsemet Reus præsens, satisdatione hac interposita, procura-

torem

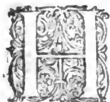
torem suum firmabit, eoque nomine etiam hypothecam suorum bonorum pignoris loco supponet, ex quo & ipse & eius heredes obligentur. Et præterea satisdabit etiam hic Procurator Rei, quod tempore recitandæ sententiæ in iudicio aderit dominus, quod si non fiat, ipse omnia dabit, vt sit in tuto res iudicata, nisi tamen fuerit prouocatum, vt sic mutatione instantiæ prior sententia sit irrita. Atqui iure Saxonum dicunt rursum, hanc satisdationem, iudicatum solui, non esse necessariam, cum mandatum habet Procurator. Vide *dicto loco* Chil. König. Equidem in actionibus in rem dicunt, iure nostro procuratorem Rei nonnunquam etiam de rato satisdare oportere, cum de mandato non constat, *l. 40. §. 2. D. de procurator*. Porrò ad eas stipulationes quod attinet, quantum ad formam, ad hunc ferè modum concipiuntur: *Quod nomine Titii à me fundus ille petitur, amplius eo nomine neminem petiturum, cuius actio persecutione sit, & ratum eundem Titium habiturum, heredemuè eius &c* Aut, *quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes?* Atque hæ quasi velitationes sunt ante litis contestationem disceptandæ. Vide *l. 40. §. penult. D. de procurator. item l. 24. Codic. de procurator.* & Chil. König *in prax. d. cap 46. in initio.*

℣. Eodem obseruando, &c.] Supra titul. præcedenti intelleximus, alias plures esse personas, quæ alieno nomine agunt, quæ itidem debent satisdare ob causas propè, de quibus supra. Hic præcipuè dicit de tutore & curatore, qui agunt pro pupillis. Vide *l. 23. D. de administrat. tutor.* vt plurimum tamen etiam his satisdatio remitti potest, cum constat de mandato officio, & quia sunt loco domini. *d. l 23.* & vide *l. 58. D. de furt.* Porrò potest & ipse tutor & curator pro pupillo per alium agere, qui debet satisdare de rato, nisi vel absentis tutoris mandatum, vel præsentis auctoritatem habeat. Atqui tutor is ante litem contestatam actorem dicitur constituere, post dat etiam Procuratorem *l. neque. Codic. de Procurat.*



DE PERPETVIS ET TEMPORALIBVS ACTIONIBVS, & quæ ad heredes, & in heredes transeunt.

TITVLVS XIII. *aliàs XII.*



HOc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusuè consulto, siue ex sacris cōstitutionibus proficiscuntur, perpetuò solere antiquitùs competere, donec sacræ constitutiones, tam in rem, quàm in personā actionibus certos fines dederunt; eas verò, quæ ex propria Prætoris iurisdictione pendent, plerunq; intra annum viuere; nam & ipsius Prætoris intra annū erat imperium.

perium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, vsque ad finem cõstitutionibus introductum, quales sunt eæ, quas bonorum possessori, cæterisque, qui heredis loco sunt, adcommodat. Furti quoq; manifesti actio, quamuis ex ipsius Prætoris iurisdictione proficiscatur: tamen perpetuò datur. Absurdum enim esse existimauit anno eam terminari.

§. 2. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso iure competunt, aut à Prætore dantur, & in heredem æquè competunt, aut dari solent. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriæ. Sed heredibus huiusmodi actiones competunt, nec denegantur, excepta iniuriarum actione, & si qua alia similis inueniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, [veluti] cùm testator dolosè versatus sit, & ad heredem eius nihil ex eo dolo peruenit. Pœnales autem actiones, quas suprà diximus, si ab ipsius principalibus personis fuerint contestatæ, & heredibus dantur, & contra heredes transeunt.

§. 3. Superest, vt admoneamus, quòd si ante rem iudicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio iudicis conuenit eum absoluere, licet in ea causa fuisset iudicii accipiendi tempore, vt damnari deberet, & hoc est, quod antea vulgò dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.

COMMENTARII.

QVOD ad continuationem huius Tituli attinet, mihi sanè probabilis aliqua ratio non admodum constat. Videte vulgarem continuationem glossæ, cum admonitione ad finem, quam commẽdat Faber. Sed videamus rem ipsam. Proponit imprimis alias actiones esse perpetuas, alias temporales. Et hæc prima pars tituli est; deinde est & altera pars. Sed nunc principiò de prima, vbi de vita actionum agitur, vt vulgò loquuntur. Olim sanè actiones ferè perpetuæ erant, id est, perpetuò competebant, nisi si quæ certa tempora, vt actiones præsertim in rem propter vsucapionem, accipiebant, cum eæ actiones tollantur triennio, decennio & vicennio, vt supra *lib. 2. tit. de vsucap.* Prætoriæ tamen actiones anno ferè vno vigebant, quas ideò vocat temporales. Postea Constitutione Principum factum est, & præsertim Theodosii, vt omnibus actionibus etiam cum mala fide certum tempus & certus finis præscriberetur, post quem actiones non proponerentur. Quod putant eadem ratione bono publico esse factum, qua id respondetur de vsucapionibus. Et D. Cuiacius hîc scribit, Cassiodorum dixisse eam ipsam Constitutionem Theodosii, & præscriptionem patronam esse humani generis. Vide de hoc eundem Cuiacium *in lib. de diuers. præscript. & terminis c. 30.* Præscripsit autem ille Theodosius actionibus his 30. annos. *l. sicut 3. C. de præscript. long. temp. 30. vel 40. ann.* & vide prædictum Dominum Cuiacium *lib. 10. obseruat. cap. 12.* Ergò ex hoc loco nunc illud obseruabis, actiones alias esse annales, alias annales non esse, quæ ferè fuerunt perpetuæ, nunc certum tempus etiam acceperunt, & sic adhuc suo modo, & collatione

facta,

facta, siue secundum quid dicuntur perpetuæ. Nunc autem de hoc ipso regulæ hæ traduntur, & videbis hic effectum quẽdam diuisionis actionis secundæ, supra *titul. de act.* Breuiter itaque dicendo, Actiones Ciuiles sunt perpetuæ; nisi habeant aliud breuius tempus, vigent & viuunt annis 30. vt non excludatur Actor, quàm si 30. anni sint elapsi. Actiones verò prætoriæ sunt annales, id est, annali tempore iis præscribitur. Quod verum est de iis, quæ pœnales sunt, quæque ad rescindendum id, quod alioquin iure gestum esse videtur, competunt. Cæteræ igitur rei persecutionem habentes, neq; ad rescindendum pertinentes, etsi prætoriæ, tamen perpetuæ sunt. *l in honorariis 35. D. de obligat. & act.* Porrò quod dicimus, actiones ciuiles 30. annis viuere, intellige ex quo primum facultas agendi est. *l.1. §. vlt. C. de annali except.* Et intellige ita, vt si quæ actiones inter eas actiones, quas dicunt saltem 30. annis excludi, non numerentur, eæ 40. annorum spacio excludantur. *l. 4. C. dict. titul. de longiss. tempor. præscript.* Sed vide de hoc Dominum Cuiac. *d. loco lib. 10. obser.* Et ista regularia sunt in actionum præscriptionibus; aliàs est & 100. annorum præscriptio specialis in quibusdam causis. Vide *l. finalem. C. de SS. Ecclesiis.* Item eundem Cuiac. *lib. obseruat. 5. cap. 5. & d. lib. de diuers. præscript. cap. 34.* Sunt etiam impræscriptibilia. Vide *l. comperi. C. de præs. long. temp. & c. cum non liceat. & quæ ibi latius notantur extra de præscript. c. si Episcopus. de sententia excommunicationis lib. 6.*

Hic nunc etiam quæritur de regula Iuris Pontificii, quæ dicit: *Possessor malæ fidei nullo vnquam tempore præscribit.* Vide *cap. possessor. de regulis iuris in 6.* nempe, quo modo illam intelligere debeam, hic docetur, etiam causam mala fide præscribi actionibus, siue possessorem malæ fidei post 30. annos. Pontifex contra docet, in Ecclesia possessorem malæ fidei nullo vnquam tempore præscribere. Et hoc verissimum esse puto. Sed de his nuper dixi diligentius *lib. 2.* (Pontifex loquitur de conscientia, Iurisconsultus loquitur de forensi actione.) Pergo nunc in explicatione superiori. Quod dicimus, actiones prætorias annales esse, intellige de anno vtili, qui constat diebus 365. cum alioquin in vsucapionibus intelligantur tantùm anni continui. Illud notandum, actiones etiam temporales litis contestatione, siue per litis contestationem perpetuari. *l. fin. D. de fideiuss. tut. l. omnes actiones. D. de regulis iuris.* vt & ad heredes fit ob id transmissio, de quo infra. Hoc præterea etiam obseruandum, licet actiones temporales sint, vt dixi de prætoriis, tamen exceptiones ex illis perpetuas esse, quod sanè suadet ipsa æquitas. Vide *l. purè. §. fin. D. de except. doli. l. licet. C. de except.* Atque hactenus de primo capite huius tituli, vbi tamen in textu adscribit etiam exceptionem. Ecce, furti actionem, ait, perpetuam esse, etsi sit prætoria. Quod intellige de actione furti manifesti. Actio furti nec manifesti ciuilis est, & ob id perpetua, vt monent eruditi omnes, præeunte Cuiacio.

§. 2. Non autem omnes, &c.

Iam de secunda parte tituli, quæ docet, quasdam actiones ad heredes & in heredes transire, quasdam non. In heredes transeunt, cum & heres tenetur, vt conueniri possit. Sed & heredibus aliæ dari solent, aliæ non solent. Erunt igitur plura hic membra, & poterimus dicere, quædam sunt actiones, quæ ad heredes omninò non pertinent, id est, nec heredibus dantur, nec in heredes, sed tantùm pertinent ad ipsos principales, vt sic dicam; quædam heredibus dantur quidem, sed non in heredes; quædam denique etiam in heredes dantur. Excutiamus hæc, si possumus, per breues regulas. Primò, heredibus & in heredes dantur regulariter omnes actiones, quæ veniunt ex contractibus, vel quasi. Eodem pertinent & actiones in rem, sed in heredes eæ dantur, non tam quod heredes sunt, quam quòd possessores rei litigiosæ. *l. si in rem. de rei vind.* Secundò,

heredibus quidem dantur, sed non in heredes actiones pœnales, quæ nascuntur ex delictis, vel quasi. Vide de hoc *l. pupillum. §. in heredes, & l. sicuti pœna. D. de regulis iuris.* Tertiò, actio iniuriarum neq; heredibus datur, neque in heredes. *l. iniuriarum actio. D. de iniur.* Rationes latiores non adduco, quod istæ à Iustiniano subiicentur, & quodammodo notæ esse possunt. Ecce, qui contrahit, pro se & pro heredibus quodammodo videtur contrahere. *l. si pactum. D. de pact.* Iam quod attinet ad actiones ex delicto pœnales, eæ ad rem familiarem videtur pertinere, & patrimonio videtur abesse quod petitur. Sed quoad heredem delinquentis, videtur iniquius esse, ex delicto aliorum alios innocentes obligari. Ita placet morte finiti delicta & eorum pœnas. Et hac ratione certissimum est, cum criminaliter agitur ad pœnam corporalem, non debere puniri heredes. Sic dicimus, *noxa sequitur caput.* Sed quoad hanc secundam regulam, sunt exceptiones, de quibus iam dicemus, si prius monuerimus de actione iniuriarum. Ea non agitur præcipuè de eo, quod patrimonio abest, sed tantum ad vindictam. Itaque visum est, debere eam facilè conticescere, & non dari neque heredibus, neque in heredes. Nunc de exceptionibus quibusdam. Primo diximus, actiones ex contractu vel quasi heredibus dari, & in heredes. Id aliquando fallit, vt infra *vers. aliquando*, & hoc dictum est supra *de act. § planè.* ita Cuiacius *hic.* Secundo diximus ex delictis actiones pœnales in heredes non dari & nō pertransire. Quo pertinet actio iniuriarū. Id verò fallit, si lis ante sit contestata. Nam lite à defuncto contestata, in heredes istæ actiones transmittuntur. *l. pœnaria. D. de regulis iuris. & Codic. ex delictis defuncti in quantum hered. conuen.* Hic etiam licet quædam monete de publicis iudiciis, quæ quoque ita transeunt; nempe, publica iudicia siue pœnas publicorum iudiciorum, (puta pecuniarias) lite contestata, non aliter etiam in heredes transire, quàm si sit secuta condemnatio *l. ex iudiciorum. D. de accusat.* Atque hic rursus excipiuntur iudicia læsæ maiestatis, & si quæ sunt similia. Illa enim omninò aduersus heredem competunt, & plectuntur etiam hi heredes. De quibus suo loco, *dict. l. ex iudiciorum.* Sed nunc quod ad principale negotium altera exceptio est. Etsi ex delictis actionibus pœnalibus non teneatur heres semper: tamen ad id semper tenetur, quantum ad eum ex delicto persuncti peruenerit; siquidem turpia lucra etiam heredibus extorquenda sunt. *l. totiens in heredem l. sicuti. D. de regul. iuris. l. in hered. D. de calum.* Vbi inquit Vlpianus: *Nam est constitutum turpia lucra etiam ab heredibus extorqueri, licet crimina extinguantur. D. de dolo malo. & d. tit. C. ex delict. defuncti, &c.*

§. 3. Superest vt admoneamus, &c.

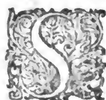
Adiicit ad finem, qua occasione nescio, pulchram coronidem, de absolutione Rei, qui accepto iam etiam iudicio sua sponte ante sententiam satisfacit actori. *Hunc*, inquit, *debet Iudex absoluere*, id est, liberatum ab actione dimittere. Et hoc nota. Et sic adscribit omnia iudicia esse absolutoria; nempe, hoc agendum est, vt si qua fieri potest, ad absoluendum reum contendatur. Sed vt exerceamus etiam paululum ingenia adolescentum, obiicio illis cum hoc loco componendum, quod scribitur *in Nouel. 112. cap. vltim. ibi, omnem ferè causam, &c.* & cum eo in iure Saxonum. *libro primo. articul. 62. in initio.* maximè etiam quod scribitur supra *de act. § item actio, de eo, quod metus causa.*

Titulos duos sequentes, DE EXCEPTIONIBVS ET REPLICATIONIBVS, differamus, donec explicauerimus titulum de interdictis, qui

qui reuera his titulis praecedere deberet, quemadmodum etiam in D. exceptionum tractatus subsequitur titul. de interdictis. Sed probabilis plerumque, non necessarius ordo in titulorum collatione obseruari debet.

DE INTERDICTIS.

TITVLVS XIV. alias XV.



Equitur vt dispiciamus de Interdictis seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque exceptiones verborum, quibus Prætor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat; quod tunc maximè fiebat, cùm de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

§. 2. Summa autem diuisio Interdictorum hæc est, quòd aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quò ei ius erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripauè eius aliquid fieri, quò peius nauigetur.

§. 3. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid iubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro possessore possidet, ex ea hereditate, aut cùm iubet ei, qui vi de possessione deiectus sit, restitui possessionem.

§. 4. Exhibitoria sunt, per quæ iubet exhiberi, veluti eũ, cuius de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate eius sunt. Sunt tamẽ qui putẽt, propriè interdicta ea vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denunciare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter du[illegible] dicuntur.

§. 5. Sequens diuisio Interdictorum hæc est, quòd quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur, *Quorum bonorum*, eiusque vis & potestas hæc est, vt, quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse. Pro

possessore

possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideò autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantùm vtile est, qui nunc primùm conatur adipisci rei possessionem.

§. 6. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque, quod appellatur Saluianum, adipiscendæ possessionis causa, comparatum est, eoque vtitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

§. 7. Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta, *Vti possidetis*, *& Vtrubi*, cùm ab vtraque parte de proprietate alicuius rei controuersia sit, & antè quæratur, vter ex litigatoribus possidere, & vter petere debeat. Namque nisi antè exploratum fuerit, vtrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia & ciuilis, & naturalis ratio facit, vt alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longè commodius est [& potius] possidere quàm petere, ideò plerunque & ferè semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quòd etiam si eius res non sit, qui possidet, si modò Actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam causam, quùm obscura sunt vtriusque iura, contra petitorem iudicari solet.

§. 8. Sed interdicto quidem, *Vti possidetis*, de fundi vel ædium possessione contenditur: *Vtrubi* verò interdicto, de rerum mobilium possessione.

§. 9. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam *vti possidetis* interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modò nec vi, nec clàm, nec precariò nactus fuerat ab aduersario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clàm arripuerat alienam possessionem, aut precariò rogauerat aliquem, vt sibi possidere liceret. *Vtrubi* verò interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni, nec vi, nec clàm, nec precariò ab aduersario possidebat. Hodiè tamen aliter obseruatur. Nam vtriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, vti ille vincat, & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clàm, nec precariò ab aduersario litis contestatæ tempore detinet.

§. 10. Possidere autem videtur quisque, non solùm si ipse possideat, sed & si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodauerit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui eius nomine sit in possessione.

sione. Quinetiam animo quoque solo retineri possessionem placet, id est, vt quamuis neque ipse sit in possessione, neque eius nomine alius: tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reuersurus inde discesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci verò possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec vlla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

§. 11. Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi deiectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum *Vnde vi*, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi deiecit, vi, vel clàm, vel precariò possideat. Sed ex constitutionibus sacris (vt suprà diximus) si quis rem per vim occupauerit, siquidem in bonis eius est, dominio eius priuatur, si aliena, post eius restitutionem, etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Iulia de vi priuata, aut de vi publica. Sed de vi priuata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solùm scuta, & gladios, & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.

§. 12. Tertia diuisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter Reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi, aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, aut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia.

§ 13. Simplicia sunt, veluti quùm Prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico ripauè eius aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat, reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti *Vti possidetis* interdictum, & *Vtrubi*. Ideò autem duplicia vocantur, quia par vtriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipuè reus vel actor intelligitur, sed vnusquisque tam rei, quàm actoris partes sustinet.

§. 14. De ordine & vetere exitu interdictorum superuacuum est hodiè dicere. Nam quoties extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodiè omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si vtilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.



COMMENTARII.

LICEAT paululum immutare ordinem, & prius dicere de Interdictis, quando ea actionum vice quodammodo sint, & actionum nomine contineantur, *vt in l. actionis. D. de obligat.* etsi tamen fuerunt inter hæc Interdicta & alias ordinarias actiones, de quibus hactenus, discrimina. De quo vide prolixius Hottomann. *hic & in partitionibus, & maximè in Orat. Cic. pro Cæcin. in Cõmentario suo.* Item Dominum Cuiacium *libr. obseruat. 5. cap. 17.* Hodiè sanè eodem planè modo, quo actionibus, experimur etiam Interdictis, siue actionibus ex causa Interdictorum. Quo pertinet *§. 1. h. & rursus §. fin. item d. l. penult & vltim. C. eod. tit.* Sed tamen obseruandum est, quod Iustinianus hîc scribit, maximè interdicta locum habere, cum agitur de possessione vel quasi possessione. Et sic dicemus aliam nunc etiam actionum distinctionem; quod actiones aliæ competunt præcipuè pro dominio ac proprietate, aliæ maximè pro possessione; siue, aliæ pertinent ad iudicium petitorium, aliæ ad possessorium. Vide *l. exitus. D. de acquir. possess. l. 74. D. de rei vind l. 3. C de interdict l. ordinarii. C. de rei vind.* Et petitorii ac possessorii distinctio clarè extat in iure Pontificio *tit. de causa possessionis & proprietatis.* Sic ergo apparet, quorsum maximè pertineant interdicta, & præsens tractatus. Nunc videamus definitionem aliquam. *Interdicta*, inquit Imperator, *erant formæ & conceptiones verborum, quibus prætor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maximè fiebat, cum de possessione vel quasi inter aliquos contendebatur.* Hæc definitio a veteri ratione videtur sumpta, quo prætor inter partes de rebus nonnullis, maximè publicis, sacris, & adhuc magis etiam pertinentibus ad possessionem, ne facilè res ad vim perueniret, veluti interloquebatur. Ex quibus postea etiam actio ferè sequebatur apud iudicem à prætore deinceps datum agitanda. Veluti, cum prohibet prætor vim fieri sine vitio possidenti, dum forrè duo contendunt de possessione, acturi deinceps in rem petitorio iudicio, quod est interdictum *vti possidetis*, de quo postea, & in quo vim & potestatem vsumque interdictorum potissimum declarabimus. Et sic itaque interdicta apparet esse dicta ab interdicendo, quod significat vetare, quanquam & alias afferunt Etymologias, quasi interim dicta, item quasi inter duos dicta. Et hæc itaque de definitione hac, quam videtur clarius proponere Theophilus. *Interdictum*, inquit, *est enunciatum prætoris inter duos aliquos, qui de possessione vel quasi possessione contẽdũt, emissum, facti quidè speciem, causamq́; non definiens, sed quomodo de ea iudicandũ sit, iudicem informans.* Hodiè in extraordinariis iudiciis, sublatis impetrationibus & formulis, rectà & sine ambagibus agitur, & manet quidem maximè materia, sublata forma, vt liceat nunc sic definire, nempe, actiones extraordinarias & vtiles, quæ citra solemnitatem redditi interdicti simpliciter in rem ipsam ex causa interdicti, & maximè cum de possessione inter aliquos agitur, concipiuntur. Vide Theophilum *in fin. huius tit.* Itaque interdictum quod dicimus, actionem etiam nunc vocare solemus. Vt enim dicimus interdictum vnde vi, itaque quoque actionem vnde vi, dicere possumus. Vide *l. 43. in fin. D. ad l. Aquil. & d. loco* Theophilum. Interdicta enim & actiones sæpè à primis verbis, quibus concipiebantur, denominati solent. Et hæc de definitione. Iam ad diuisiones, quæ proponuntur in textu. Equidem prima omninò diuisio est, quod interdicta alia de rebus diuinis, alia de publicis, alia denique de possessionibus interponantur, vt licet colligere *ex l. 1. D. eodem.* De rebus diuinis, veluti sacris, religiosis, &c. De rebus publicis, nempe non deformandis, non lædendis, sed conseruandis, farciendisque; infinita sunt interdicta, puta de locis publicis, de iti-

de itineribus publicis, de viis, de fluminibus; de quibus *lib. D. 43. à tit. 7. vsque ad 17.* De possessionibus dicemus infra suo loco diligenter. Sed Imperator nunc aliam facit diuisionem primam, de qua ad textum.

§. 2. Summa autem diuisio, &c.

Interdicta, inquit, *alia sunt Prohibitoria, alia Restitutoria, alia Exhibitoria.* Interdicta *prohibitoria sunt, quibus prætor prohibet, siue vetat aliquid fieri.* Atqui refert etiam Imperator varia singulorum generum exempla, de quibus ferè singulis singuli sunt in Pandectis tituli, vbi de iis suo loco videbitis latius, aut ex iis audietis, qui hæc, vt dici solet, solemniter persequuntur. Nostri officii est, ex Imperatoris etiam præscripto capita & fontes rerum diligenter explicare. Imprimis inter Prohibitoria hæc refert Interdictum *vti possidetis*, cum prohibet prætor vim fieri sine vitio possidenti, de quo infra pluribus. Illud enim tenendum est, vnum idemque interdictum ad diuersas referri diuisiones, pro vario respectu. Atqui est hoc ipsum interdictum de possessione. Aliud proponit exemplum, cum prohibet vim fieri inferēti mortuum, quod est interdictum de rebus diuinis & religiosis. Respicitur autem hic ad vetus ius sepulchrorum, de quo diximus *lib 2. tit. 1.* Et extat interdictum hoc his verbis: *Quò quauè illi mortuū suum inferre, inuito te, ius est. quo minus illi eò eauè mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto. D. de mortuo infer. & ibi in L. 1.* Tertium exemplum proponit, cum prohibet in loco sacro quid fieri, quo damnum irrogetur Quod itidem interdictum est de rebus diuinis & sacris, de quib. *lib 3.* etiam dixi. Huc pertinet *D tit. ne quid in loco sacro fiat.* Quartum proponitur exemplum, cum prohibet prætor q̄d fieri in flumine publico, eiusq; ripa, quò peius nauigetur. Quod est interdictum de rebus publicis, & extat *in D.* his verbis: *Ne quid in flumine publico, eiusuè ripa facias, vel immittas. quo statio iteruè nauigio sit, fiat; extra quam. si quid ita factum sit, vt de lege fieri licuit.* (Ecce adduntur exceptio) *D. de fluminibus, ne quid in flumine publ fiat, &c.* Porrò de rebus publicis infinita alia extare interdicta supra monui. Et hæc de prohibitoriis eorumque exemplis.

Sequuntur Restitutoria. Ea sunt, quibus prætor quid restitui iubet, veluti rem vel opus. Rem, veluti, quod precariò ab illo habes id restituas. *D. de precario.* Opus, vt, quod in flumine publico ripauè eius factum habes, restituas. *L. 1. in fin. D. de flum.* Et in huiusmodi interdictis addi consueuit, *Restituas* Addit autem Iustinianus etiam ad hanc speciem interdictum, *quorum bonorum*, quo quis possessionem bonorum hereditariorum à prætore sibi commissam tuetur. *D. quorum bonorum.* Item interdictum *vnde vi*, quo iubet prætor possessionem vi ablatam restitui, sed de his infra in interdictis possessoriis.

Sequuntur Exhibitoria. Ea reuera sunt interdicta, quibus prætor quid iubet, veluti, exhiberi. Et ita concipi solent talia interdicta, vt addatur verbum, *Exhibeas.* Est enim actio de exhibendo siue ad exhibendum, de qua monui *ad tit. de action.* Sed ea pertinet ad causam proprietatis, & ad causas priuatas, cum interdicta ista magis pertineant ad causam possessionis, & præcipuè etiam ad res publicas, nempe ad liberos homines exhibendos, & ad eorum statum defendendum, item ad exhibendas tabulas testamentarias. *D. de tabul. exhib.* Porrò interdictum id de libero homine extat *in D.* his verbis: *Quem liberum hominem dolo malo retines, exhibeas,* vide *D. de lib. homin. exhibend.* Item alterum etiam exemplum proponit de liberis exhibendis & ducendis. Huiusmodi interdicto parentes, qui liberos in potestate habent, aduersus eum, qui dolo è detinet, agunt, ad hoc vt is exhibeat atque ducere promittat. *D. de lib. exhibend. atque ducend.* Tali interdicto etiam agitur, si nupta sit

Aaaa 2 filia

filia & detineatur à patre: in eum enim gener agit de vxore exhibenda & ducenda; nec oportet ob leues offensas concordans matrimonium dissoluere. Vide *d. tit. de lib. exhib. l. 1. & 2. item l. si inuita. C. de nupt.* Hæc igitur sunt interdicta illa Prohibitoria, Restitutoria & Exhibitoria. Atq; ex his, vt audiuistis, interdictis dabat prætor in rem præsentem interdicta. Nunc sunt ex iis, ex iisdem causis, actiones in factum, quæ instituuntur ad exemplum aliarum actionum, vt supra monui, & in libello narrat actor factum, & concludit iuxta vim & potestatem ipsius interdicti, petens vt Iudex prohibeat quid fieri, vt iubeat restituere aut exhibere, veluti cum quis per vim aduersario, vel vicino inuito in ipsius fundum quid ædificat (cui etiam licet nouum opus denunciare, *vt D. de noui operis nunc.*) interdictum est, quod vi aut clam. *D. quod vi aut clam.* Quod interdictum itidem est restitutorium & extat *in Pandectis,* his verbis: *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, restituas.* Ex hoc itaque interdicto is, qui aduersarii iniquitate læditur, aget, & narrabit factum: *Quomodo ipso inuito & contra denunciationem ita ædificatum sit, quod legibus prohibitum est, & petit aduersarium suum vicinum damnari, vt suis sumptibus opus extructum tollat, & sic in pristinum statum restituat.* Vide *dict. tit. quod vi aut clam. L. 1. l. 11. §. quod ait prætor. l. 15 §. in hoc interdicto. & §. fin. item l. 16. § fin.* Equidem, vt hoc etiam hic admoneam, competunt plerumque etiam interdicta, vbi actiones aliæ ordinariæ sunt, sed tunc in illis interdictis minus est difficultatis in probatione, & probat actor saltem de possessionibus, vt postea videbimus. Et hactenus de diuisione prima nostri textus, eiusque exemplis ex Pandectarum titulis desumptis.

§. 5. Sequens diuisio, &c.

Sequitur alia interdictorum diuisio, & potius quædam subdiuisio illius primæ & summæ diuisionis, quam supra adscripsimus ex *l. 1. D. eodem.* Nempe, interdicta de possessione vel pertinent ad adipiscendam primam possessionem; vel ad retinendam & defendendam, quam aduersarius impugnat; vel denique ad recuperandam, quam contra ius amisimus. Porrò adipiscendæ possessionis interdicta proponit hæc: Quorum bonorum & interdictum Saluianum. Retinendæ verò vti possidetis, & vtrubi possidetis, & denique recuperandæ vnde vi, de quibus ordine videbimus. Sed prius tamen dicendum de ipsa possessione, vbi videndum, quam variè dicamur possidere, quàmque sint variæ diuersarum possessionum appellationes, quid distet possessio à dominio siue proprietate? Vt hic videamus etiam, quæ sit vtilitas & commoditas possidendi, & tandem quid sit propriè possessio, item quomodo possessio acquiratur, retineatur, amittatur, & recuperetur? Post hoc videbimus de interdictis his possessoriis, vbi, quando & qua de via de hac possessione acquirẽda, retinenda & recuperanda agatur. Sic itaque imprimis Paulus *D. de acquir. poss.* scribit: *Possessio appellata est à sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Græci κατοχὴν dicunt. Dominiumque rerum ex naturali possessione capisse Nerua filius ait, eiusque rei vestigium remanere in his, quæ terra, mari, cœloq; capiuntur. Nam hæc protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint.* Hæc ille. Ex quibus satis planè videtur significari, quid sit possessio, & quid sit possidere? Sed tamen oboriuntur adhuc dubitationes & varietates responsorum. Quid si rem meam Titio commodauero? quid si Titius animi causa & familiaritatis iure fundum per hortum meum ingressus sit, illinc dicentur possidere, & non ego, cum illi occupent locum, sint vel hæreant in fundo? Equidem & hoc ex iure nostro constat, possidere nos dici, & possessionem acquirere & retinere per alios, qui nostro nomine tenent. *l. 1. l. 9. & l. 18. D. de acquir. possess.* Imò

verò

verò iuris ciuilis interpretatione factum est, vt si à re & possessione discedamus, nec etiam nostro nomine aliquem in possessione relinquamus, tamen dicamur possidere, nempe animo, dum ea mente & cogitatione sumus, vt possessio retineatur, licet corpus absit. *l.3.6 § fin. D. de acq poss. l.4. Cod. ibidem.* Ecquid igitur de eo, qui interea, dum ego sic absum, insistit, an non ille secundum Pauli superiorem descriptionem possidebit? Sanè verò dicitur & ille possidere; & sic duo videntur possidere, ego, qui sum dominus & animo nihilominus possideo, & ille, qui ita est in possessione. Sed hoc primo eodem genere possessionis dici non potest, iuxta *leg. tertiam §. ex contrario. D. eodem cum similibus.* Et deinde ex hoc quæritur, quid igitur sit vera possessio? Atque hinc igitur sunt variæ possessionis appellationes & distinctiones, vt licet videre in Pandectis. Primò alius dicitur possidere in re & possessione aliena, alius alieno nomine dicitur possidere, alius sibi suo nomine pro suo iure tanquam dominus possidere. Tum alius dicitur possidere animo, alius re ipsa & corpore. Tertiò alius dicitur potius tenere & rei insistere, alius verò possidere. Quartò alius dicitur possidere naturaliter, alius ciuiliter. Et hoc ipsum etiam, vt apparet, non vno modo vnauè significatione. Accipitur enim alibi aliter naturalis illa possessio. Plerunque naturaliter dicitur possidere, qui verè, id est, realiter, &, vt sic dicam, corporaliter possidet, vt econtra ciuiliter videatur possidere, qui secundum iuris ciuilis æquitatem & interpretationem etiam possidet. Est & alia adhuc distinctio certæ magis significationis, quod possessio alia iusta sit, alia iniusta *leg. 3. de bonorum possess.* Nunc igitur, quidnam sit propriè possidere, exquiri potest. Sanè quicquid sit, is verissimè dicitur possidere (& omninò cæteri magis tenent aut insistunt rei, quamuis possidere etiam sæpius dicantur, sed impropriè) qui animo siue opinione dominii, aut sane opinione sibi habendi rem habet, & possidet, siue rem corpore ac manibus teneat, siue animo possideat, puta per alium, qui non sibi sed isti possidet. Et sic nunc iterum aliud est possessio, aliud dominium; nam potest esse possessio ista sine dominio, & potest alius possidere, alius esse dominus; & possessionem potest quis amittere, vt tamen retineat dominium, & vulgo dicimus: *Possessionem esse rem fragilem.* Sed tamen adhuc possessio dominii præambula est, ex qua dominium originem sumpsit & sumit, *vt in d. leg. prima. item l. naturaliter. §. nihil commune. & l. exitus. D. de acquir. poss. item l. quæstio est. D. de verbor. significat. & leg. prima. D. uti possidetis.* Vnde etiam possessor commodum habet in rei detentione. Pro eo enim præsumitur, & petitoris partes sunt probare, de quo *infr. eod.* Et commodum bonæ fidei possessoris sæpe audimus, & natum est dictum: *Gaudeant possidentes.* vt Zasius *in titul. de action.* Communiter laudant eruditi definitionem Theophili: *Possessio*, inquit, *est corporalis rei detentio animo dominii.* Ita ille in Institut. *lib. 2. tit. per quas personas nob. acq. § idem placet. & hoc nostro titul. in init.* & vide Francisc. Duar. *lib. 1. disput. anniuersar. cap. 18.* Tu vide tamen etiam D. Cuiacium, *lib. obseruat. 9. c. 33.* (Possessio est duplex, naturalis & ciuilis, ideò Cuiac. ibi inquit, quod hæc definitio vera est ciuiliter, sed non naturaliter.) Quod de re corporea scribit Theophilus eò pertinet, quod res incorporea propriè non dicitur possideri, sed tantum est eius quasi possessio per vsum. Vide *dict. locis.* Theophilum.

Porrò verò ex his, quæ dicta sunt, constat, hanc ipsam possessionem facilius acquiri quàm dominium, vt & facilius amittitur, vt videbimus. Nimirum acquiritur possessio solo animo & corpore, & eodem etiam modo amittitur, imò & facilius, vt putant, nempe solo animo. Sanè retinetur solo animo. Vide *leg. tertiam. §. in amittenda. & leg. octauam. D. de acquir. possess. l. ferè*

quibuscunq; de regulis iuris. Et hæc disputantur *in §. possidere. infra eodem titulo.* Itaque habes nunc, quotupliciter dicatur possessio? quid sit ferè possessio? quotuplex sit? nempe naturalis & ciuilis, quomodo acquiratur, retineatur & amittatur? quod sit commodum possessionis? & quid differat à dominio siue proprietate. Dominium suum contra possessorem alium probare difficile est, & interea possessor vtitur; nam hoc est possessionis, & quidem donec probabitur dominium, in eo commodo hęret possessor. Possessionem ostendere, imò & probare, facile est. Et inde tandem sunt lites & controuersiæ siue iurgia de possessione, propter quę sunt interdicta possessoria. Et nunc itaq; ad hæc nostra interdicta.

Principio Interdictum, *quorum bonorum,* pertinet ad consequendam siue adipiscendam possessionem rerum hereditariarum, ex edicto prætoris de bonorum possessionibus, de quibus supra *lib.* 3. datarum. Et est ex superiori loco & diuisione Interdictum Restitutorium; bonorum enim possessionem iubet prætor eum restituere, penes quem erit, nempe qui pro herede siue pro possessore possidet; aduersus eum enim competit hoc Interdictum, vt & actio bonorũ possessoria, hereditatis petitio, quæ instituitur ad exemplum petitionis hereditatis ciuilis, de qua & cuius formula libelloque diximus *ad tit. de act. in diuis. 5.* Si tamen & de huius actionis ex interdicto isto exercitio amplius videre placet, vide Ioan. Oldendorp. *in classibus & progimnasmatis act. class. 2. act. 1.* Porrò interdicti verba sic habent: *Quorum bonorũ ex edicto meo illi possessio data est, q de his bonis pro herede, aut pro possessore possides, id illi restituas. D. quorũ bonorum* Sed quorsum interdictum etiam sit actio, de qua dixi? Equidem actio illa ad causam proprietatis pertinet; Interdictum autem hoc ad iudicium possessorium. Et hoc supra monui.

Transeamus ad interdictum Saluianum. Id quoque adipiscendæ possessionis est, & competit aduersus possessorem pignoris siue rei oppignoratæ, vt reddatur & restituatur ad securitatem creditoris; propter quam rem est & actio illa Seruiana siue hypothecaria, de qua supra *de act. §. item Seruiana.* vbi de modo petitionis & de libello. Sed actio illa ad causam proprietatis, interdictũ hoc ad possessorium iudicium pertinet. Verbi gratia, si dicat & proponat Creditor aduersus Titium reum, eam rem, quam Titius possidet, sibi à debitore ante fuisse oppignoratam, & ideo ab ipso possessore ad causam siue ad ius illud pignoris restituendam. Atqui excipiat nunc reus possessor, docere actorem debere, eam rem in bonis sui debitoris fuisse, vt sic oppignorari etiam potuerit, tunc respondebit & replicabit actor, se non agere petitorio iudicio, nempe actione Seruiana, vel quasi, sed se agere possessorio iudicio ex interdicto Saluiano, saltem vt res nunc restituatur ad possessionem debitoris, postea posse disputari vter potius ius habeat, interea se velle possidere. Vide *D. de Salu. interdicto & supra in act. Seruiana.* Item Oldendorpium *dict. class. 2. act. tertia.*

Sequuntur interdicta retinendæ possessionis, *vti possidetis & vtrubi.* Et hoc interdictum vti possidetis maximæ vtilitatis est propter actionem in rem. Nam in ea, & in petitorio iudicio, necessum est, alium agere, & alium possidere, qui sit reus, & qui agit probare debet rem suam esse, interea possessor obtinet, siue res ipsius sit, siue non sit, *vt D. eodem titul vti possidetis. leg. 1. cum multis concordantibus.* Atqui propter hoc & similia commoda possessionis, de quibus iam & alibi sæpius, facilè contendunt homines de possessione, facileque ad arma peruenitur. Igitur prætor se interposuit, vt possit alter alterum ad prætorem euocare, vt hanc momentariam controuersiam de possessione dirimat, & vim possidenti fieri vetat.

tur, puta, si dicat Titius, se possidere, Caius contra, suam esse possessionem, & alter alterum ad actionem in rem adigat, iudicat & decernit prætor, quis debeat esse possessor; atque ita definito iudicio possessorio subsequitur tum commodius petitorium. Et sic *in l. 3. Cod. de interdict.* docetur, cum orta erit proprietatis & possessionis lis, prius possessionis decidi oportere quæstionem. Monet etiam Iurisconsultus, vt is, qui destinauit rem petere, animaduertat, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longè commodius sit possidere, quàm petere, *l. is, qui destinauit 24. D. de rei vind.* Sed & qui petitorio iudicio agere cœpit, eum ad possessorium confugere posse, docet Vlpianus *in l. naturaliter 12. §. nihil commune. D. de acquir. poss.*

Nunc igitur videamus interdictum nostrum, quod quantum ad præcedentem diuisionem fuit prohibitorium. Verba edicti, vnde redditur interdictum, sic habent: *Vti eas ædes, de quibus agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero vti possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. D. vti possidetis.* Cui, aduersus quem, ad quid, interdictum id competat, ex ipsis verbis intelligitur. Vides etiam, quis eo interdicto in contentione de possessione vincat, nempe is, qui possidet sine vitio quo ad alterum, vtcunque ab alio quolibet non sine vitio possideat. Vitium autem est, siue vitiosa possessio, si vi, clam, vel precariò ab altero possidet. Vide *D. titul. quod vi aut clam. item l. vim facit 11. D. de vi & vi armata. leg. secunda. §. fin D. de precario.* Itaque si Titius rem possidet & fortè etiam minus iustè, sed non tamen nactus ita à Caio, verum à quodam Sempronio, Caius autem eam rem suam esse dicat, & conetur Titium de possessione deturbare, vt dicat se possidere & Titium probare dominium, prætor eo nomine aditus decernit, Titium possessorem esse, & Caium in rem agere & probare debere. Quod si verò Titius ab ipso Caio rem vi, clam aut precariò haberet, decerneret prætor, Caium possessorem esse, Titium in rem agere debere. Sed quanam ratione hoc fiet? An non possidet Titius iuxta definitionem possessionis? An non regula est: Qualiscunque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quàm ille, qui non possidet? *leg. secunda. D. vti possid.* An & Caius possidet, atque veniet tunc etiam in considerationem, quomodo Caius etiam possideat? Sed an etiam duo eandem rem in solidum possidere possint, contra id, quod scribitur *in l. tertia. D. de acquir. possess.* attuli locum, in quo se exerceant profectiores. Incipientibus sufficit simplicitas. Et nos dicimus, ideò hic vincere Caium, non quòd possideat, sed quòd prætor eum in hoc interdicto habeat, ac si ipse possideret. Vide *leg. 1. §. fin. D. eod. & l. si quis vi 17. D. de acquir. possess.* Porrò, qua de causa competit interdictum, *vti possidetis*, eadem ex causa & alterum, *vtrubi possidetis.* Sed hoc habet locum in rebus mobilibus, illud in rebus immobilibus. Et in interdicto, *vti possidetis*, is vincebat, qui sine vitio possidebat tempore redditi interdicti. In hoc *vtrubi*, is vincebat, qui sine vitio possederat maiore parte anni. Hodiè in vtroque interdicto id spectatur, quis possideat sine vitio tempore litis contestatæ, *vt infra eodem.* Quanquam nec hoc præcisè obseruari nunc putant, sed solùm considerari, quis iustiorem & antiquiorem ostendat possessionem. Notauit hic D. Wesembec. *per c. licet 9. extra de probat.*

Iam tandem quoad exercitium interdicti, dixi iam sæpius, hodiè simpliciter proponi actionem; & solent in hac re potissimum peti quatuor, vt iudicetur agens legitimus possessor, & cesset itaque aduersarius à turbatione, & vt in futurum etiam non turbet, & eo nomine caueat; & vt etiam damna illata restituat. Narrabit itaque actor, *quomodo,*

modo in possessione fundi, quem iam multis annis pacificè possedit, à Titio aduersario iniquius molestetur, qui impediendo dixit se possidere, & eum aliquotiens admonitum, vt ab huiusmodi violentia abstineret, cum sit paratus actor sese committere iurisdictioni, si quid ipse sibi iuris competere putet, tamen non cessare, & petit igitur actor, vt iudicetur & pronuncietur eius fundi legitimus possessor, & vt reus compellatur ab huiusmodi violenta importunitate desistere, cauereque quod in futurum etiam abstinere velit, & vt omnia damna illata resarciat. Vide *in l.* 3. *vti possidetis* Item Ioan. Oldendorp. *class 2. act. 4.* & omninò Ferrariensem *in practica, in forma libelli pro turbata possess.*

Cætera, quæ hic etiam dici poterunt, ad sequens interdictum seruabuntur, veluti, quod possit per vim etiam resisti in continenti.

Nunc ad Interdictum *Vnde vi.* Quod est restitutorium, & recuperandæ possessionis interdictum. Id ex iisdem aut sanè similibus facilè causis, de quibus supra, vtilissimum erit. Verba edicti sic habent: *Vnde tu vi illum deiecisti, eò illum restituas* Vide *D. vnde vi & vi armata.*

Hic etiam ex verbis facilè constat, cui, aduersus quem, & ad quid principaliter competat hoc Interdictum. Et sanè nihil est illiberalius & atrocius, quàm per vim quicquam tentare, vt pulcherrimè Cicero *pro Cecinna & 3. de legibus.* Qui igitur vi alterum deiecit de re immobili, (nam eò pertinet hoc interdictum; rei mobilis ablatio per vim vsitatis actionibus repetitur) iubetur restituere, nec distinguitur bona an mala fide habuerit, qui deiectus est, item dominus sit an non sit, qui deiecit. Imò, etsi is, qui hoc interdicto ad restitutionem vtitur, prius eum, contra quem agit, per vim deiecisset, vincit tamen; priori enim loco est posterior vis. Ergò sine omni exceptione restituendum est, quod ita violenter occupatum est. Sed hoc tamen olim omninò saltem ita verum erat, si vis atrocior, quæ sit armis, sit adhibita, quam vocant vim armatam. Alioquin si sine coactis armatisque hominibus quis deiectus sit, quæ dicitur vis quotidiana, ita demum interdicto fuit locus, si tamen agens non ante vim adhibuit, non vi, nec clam, nec precariò ab ipso aduersario possideat. Et de hoc vide Iulium Paulum *in sententiis lib 5. tit. 6.* & ibidem Cuiacium, & eundem *hic.* & Ciceronem *in orat pro Cecinna.*

Armata igitur vis longè deterior erat, & omninò is, qui talem vim adhibuit, tenetur restituere, etsi ante per vim ipse deiectus sit. Sed hoc tamen quoque verum est, cum hac exceptione, nisi ea vis posterior sit facta in continenti: nam in continenti vim vi repellere licet. *l.* 3 *§. eum, qui. & l qui possessionem. D.d. tit. vnde vi.* In continenti, id est, in ipsa concertatione, *dictis locis.* Et hoc intelligunt etiam, quamdiu durat concertatio & turbatio.

Nunc quo ad tempus. Dicit textus, ad annum dari hoc Interdictum. *leg. prima. D. eodem. vnde vi* quod verum est de vi quotidiana, vide Cuiacium *vt supra.* Sed aiunt tamen, hodiè propter atrocitatem facinoris perpetuo dari, idque ex Iure Pontificio. Citant ad hoc *cap. redintegranda 3. quæstion. 1.* & vide in Decretalibus *titul de restit. spoliatorum.*

Porrò ad quid detur hoc Interdictum, habes *in leg. prima. §. ait prætor & §. non solum. item in l. 6. & l penultim. D. eodem. vnde vi.* nempe agitur ad id omne, quod interest, quo nomine etiam iurare potest actor de æstimatione. *l 9. Codic. vnde vi.* & vide de hoc in iure Saxonico *libro tertio. articul. 47.* Ergò tandem sic vel simili modo proponet actor vim passus: *Se iam multis annis pacificam & quietam habuisse possessionem prædii talis, &c. in quo habuit omnis generis res ad rem rusticam, siue rem bellicam, ad*

rem

rem familiarem itidem necessarias eiusmodi, quæ æstimari etiam poterant ad summam tantam; nuper autem tali tempore & die N. reum collecta hominum quadam manu ipsum ab huiusmodi possessione violenter & vi armata deiecisse & factam miseram stragem & direptionem earum omnium, quæ ibi habuit; eam violentiam, indicta & non cognita causa, deiiciendi hominem de suo, cum omni iure, æquitate & humanitate pugnare Et petit igitur, vt pronuncietur, id N. Reo omninò non licuisse, seq; actorem omnium iniustissimè deiectum, & vt Reus condemnetur & omni meliori ratione legitimè cōpellatur, vt prædium hoc vnà cum omnibus rebus mobilib & se mouentibus, quas ibi actor habuit, quasq; in illa direptione amisit, bona fide, aut sanè earum æstimationem, & id omne, quod actoris interest, restituat. Vide Ioan. Oldendorp *class. 2. act. 10.* & Ferrar. itidem *in practica.* Porrò sunt ob has res vis & violentiæ etiam publica iudicia, veluti accusatio de vi publica & priuata, de quibus etiam in Constitutionibus posterioribus Imperii, & vide omninò de multis aliis cognatis & affinibus remediis *in d. loco.* Ioan. Oldendorp.

§. 12. Tertia diuisio, &c.

Diuisio interdictorum tertia est, quod sint interdicta alia Simplicia alia Duplicia. Simplicia sunt, in quibus vnus aduersariorum postulat, alter non postulat, sed ab eo postulatur, & ita manifestè reus est, quod accidit plerunque. Duplicia sunt, in quibus vterque videtur postulare & agere, vt cum alter dicet se possidere, & alter itidem se, & prætor non vnum alloquitur, iubens veluti restituas, exhibeas, sed vtrunque, vt vti possidetis, ita possideatis, vt sic vterq; videatur esse actor & Reus. Et tamen quod ad ordinationem iudicii attinet, is ferè pro actore est, qui prior prouocat, vide *l. qui prior. & l. in tribus. D. de iudiciis.*

DE EXCEPTIONIBVS.

TITVLVS XV. Alias XIII.



SEquitur, vt de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sępè enim accidit, vt licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit aduersus eum, cum quo agitur. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palàm est, iure ciuili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est, sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita ad impugnandum actionem.

§. 2. Idem iuris est, si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numerauerit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, quùm ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere, cuius tempora nos (secundum quod iam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctauimus.

§.3. Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto conuento obligationes non omninò dissoluuntur, qua de causa efficax est aduersus eum actio, quam actor intendit, si apparet eum dare oportere, sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conuenti.

§.4. Æquè si debitor creditore deferente iurauerit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de periurio queri, defenditur per exceptionem iurisiurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessariæ sunt exceptiones, veluti si petitore deferente possessor iurauerit eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem eius esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

§. 5. Item si in iudicio tecum actum fuerit, siue in rem, siue in personam, nihilominus obligatio durat, & ideo ipso iure de eadem re postea aduersus te agi potest, sed debes per exceptionem rei iudicatæ adiuuari.

§.6. Hæc exempli causa retulisse sufficiat.

§. 7. Alioqui quàm ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest. Quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris iurisdictione substantiam capiunt.

§. 8. Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ. Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt, qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conuenti, cùm ita conuenerit, ne omninò pecunia peteretur. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt, qualis est pacti conuenti, cùm ita conuenerit, ne intra certũ tempus ageretur, veluti intra quinquennium. Nam finito eo tempore, non impeditur actor rem exequi. Ergò ii, quibus intra certum tempus agere volentibus obiicitur exceptio, aut pacti conuenti, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim & dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, obiectaq; sit exceptio, neq; eo iudicio quicquam consequebantur, propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cùm temerè rem in iudiciũ deducebant & consumebant, qua ratione rem amittebant.

§.9. Hodie autem non ita strictè hoc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subiacere censemus, quam sacratissimus Legislator de iis, qui tempore

pore plus petierint, protulit, & inducias, quas ipse actor spontè indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habent ii, qui talem iniuriam passi sint, & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, vt actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur obseruare.

§. 10. Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel vxore, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri conceditur; suis verò negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt.

§. 11. Eas verò exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius Procuratoris opponebantur, cùm in iudiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus, ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio protelletur.

COMMENTARII.

IN re iudiciaria, vt supra in initio tit. *de act.* monui, tres sunt partes, vt in iudicio tres sunt præcipuè personę. Et hactenus actionibus actorem instruxit, quem oportet scire, quid petat, ex qua causa, & quo iure, quo itidem modo, & si reus inficiatur, quomodo probet, siue factum negatum sit, siue ius id, quod probare eum conuenit. Nunc instruet etiam Reum aduersus petitionem siue intentionem Actoris, quia reus, ne iniquius damnetur siue condemnetur, vtitur suis defensionibus, quæ dicuntur Exceptiones & arma Reorum. Et quidem hic imprimis teneatur, & iura legesque fauorabiliores ferè iudicare reos. *l. fauorabiliores: D. de reg. iur.* & defensionem præsertim hāc maximè esse secundum naturam. Vel continuari potest sic; si satis esset agere & petere, vix ferè quisquā tutus esset, sed & si satis esset inficiari & excipere, nemo nocēs esset, nemo condemnari posset; & natura siue naturali inclinatione proni sumus ad negandum, vt pulchrè notauit Matthęus Matth. silanus *in suis singularib sing 164.* Itaque contra Actoris petitionem instruit nūc Reum, quomodo sese muniat, sed sanè etiam iusta ex causa: nam sanctæ leges non docent calumniam, vt vel ex titulo sequenti intelligemus. Nunc de definitione Exceptionis. Ea extat *in l. 2. & l. 22. D. eod. tit.* Sed sanè Dd. ferè diuisio videtur esse generalior & latius patere, quā ipsa eorum definitio, quod vitiosum est. Ergò imprimis hoc mihi videtur monendū, vt nomen actionis & largius & magis proprius accipitur, ita dici quoque posse de Exceptione, & largiori significatione exceptiones cōtinere ipsius rei quaslibet defensiones, vt cū negat siue inficiatur, & sic dici posse, exceptiones alias esse facti, alias Iuris. In quib. tamen explicandis prorsus Dd. non conueniunt. Sed ego semper iudicaui, hāc veriorē esse traditionem, si dicamus, exceptiones facti esse, cum ipsum factum negatur, puta *debes, non debeo; fecisti, non feci.* Exceptio autem Iuris est, vbi de facto quidem constat; fatetur enim reus factum, at negat tamen se dare oportere; itaque de Iure disputat, puta: *Promisisti. Promisi, sed metu compulsus, & ideo non debeo.* Et hæc est apud Rhetores doctrina de statibus, & veteres pragmatici illam priorem distinctionem videntur dixisse depulsionem intentionis. Vide Auctorem ad Herennium *lib. 1* Alibi etiam in iure nostro dicitur negatio intētionis, *l. si quidem 9. C. eod.*

C.eod.tit. Sic igitur & hic tit. & *tit. lib. 3. fin.* conferri solent, cum dicitur, obligationem vel ipso iure, vel ope exceptionis tolli. Ipso Iure, cum simpliciter obligatio sublata est, & nulla est, vt dicitur testamentum ipso iure nullum. *l. postea quam 21. D. de comp.* Ope exceptionis, cum est quidem siue superest obligatio & vinculum, sed ope illa exceptionis, de qua post, eligitur. Sed nunc hic etiam addamus doctrinã hanc Rethorum, quæ tamen propria est Iurisconsult. Reus conuentus nisi inficietur, aut distinguat, siue excipiat, sed fateatur, nulla nascitur cõtrouersia, nullusque status causę, sed, vt omninò ad iudicium fiat prouocatio, & lis contestetur, vtq; nascatur, quod vocant *κρινόμενον*, aut inficiabitur, aut sanè distinguet & excipiet. Cum inficiatur, actoris est probare, & eo nõ probante, reus absoluitur. *l. qui accusare 4. C de edend. l. actor 35. C. de probat.* Sed si excipiet, de exceptionis iure quęritur. Et licet factum negantis nulla sit probatio, *vulgarib. leg d. l. actor.* tamen in exceptione, vt in actionib. etiã, quæritur an exceptio iusta sit, id est, quæ iure excludat actionẽ, & an quod ad factum attinet, vera sit, & probetur? Nam, vt actor suam intentionem, ita reus suam exceptionẽ probare debet. *l. quinquaginta 12. l. in exceptionib 19. D de probat. cum simil.* nisi aliud obstet, quod transferat onus probandi in actorem. Quod & in persona actoris consideratur; nimirum aspicitur, quis subnixus sit pręsumptionibus ad rem pertinentibus & rem instruentibus. *l ab ea parte 5. & d. l. 12. l si chirographum 24. cum l. sequenti. D. de probat.* Sed de probationibus ego nũc non doceo. Redimus ad locũ primum, vt videamus nunc, quid sit igitur propriè exceptio, post de diuisione. Apparet itaque, excipere nihil aliud esse, quàm ex generali ratione & regula, qua nititur actor, eximere siue detrahere casum, quo æquum non sit regulã procedere; id ꝙ & formulæ ipsæ excipiendi ostẽdunt: *si non, nisi si, extra quam si.* Sic itaq; IC. definiunt: *Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ interponi actioni cuiusq; rei solet, ad excludendum id, quod in intentionẽ condemnationemq; deductũ est* ita *in l. exceptio 2 D eod.* Et rursus: *Exceptio est conditio, quæ modò eximit Reum damnatione, modò minuit damnationem. l. exceptio 22 D. eod.* Aliam pulchram definitionẽ tradit Theophil. *hic.* Nunc proponuntur exceptionũ etiam quędã diuisiones, à causa efficiẽti, à fine siue ab effectu, vbi est ratio tẽporis & ratio personæ, cui prosit vel nõ prosit, qualia vidimus etiã in actionibus. Et omninò, vt Iustinianus in actionibus, ita & hic progreditur. Nunc omnes omninò exceptiones proposuit enumeratas, sed post generalem exceptionũ descriptionem, quam declarat pręcipuis exceptionum exemplis, generatim & in vniuersum earum differẽtias, vim ac potestatem, propositis talibus, de quibus dixi, diuisionibus, indicat. Et sunt diuisiones omninò tres. Prima: Exceptiones aliæ sunt Ciuiles, aliæ prætoriæ. *infr. eod. § siue. vers. hac exempli gratia.* Secunda est: Exceptiones aliæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ. infra *eod § appellantur.* Tertia: Exceptiones aliæ cohærent personis, aliæ non, sed rebus ipsis, infra *tit. prox. § fin.*

Prima diuisio quorsum magnopere pertineat, non video. Monebimus quędam ad textum.

Dicamus quędam de altera. Duplex est membrum: *Perpetua,* inquit, *sunt & peremptoria.* Perpetuum opponitur temporario, peremptorium dilatorio. Quod *perpetuas,* inquit, putauero hic propriè non disputari de vita exceptionum, vt supra de actionibus audiuimus; nam ita omnes ferè exceptiones perpetuæ erũt, sed magis agi de vi & effectu quodam actionum in iudicio. Et vt hoc obiter admoneam, non sunt exceptiones, vt actiones, aliæ perpetuæ, aliæ temporales, sed exceptiones omnes, quo ad vitã, i. e. cum de vita earũ quæritur, propè perpetuæ sunt, ꝙ non sit in potestate rei, vt actoris, quando velit suo iure & sua defensione vti, ea non

ante:

antè vtenda est, quàm Actor velit agere; ita *in l. cura. §. fin. D. de except. doli.* & dixi etiam supra tit. illo *de act. perpet & tempor.* Sic igitur rectè dicunt: *Exceptioni, quæ est propriè & verè exceptio, non posse nec solere opponi præscriptionem.* Siue: contra exceptionem non currere præscriptionem; vide gloss. *in l. 3. in verb. persecutionem. C. de præscript. 30. anno. cum sim.* item Francisc. Balb. *in tract. de præscript.* Sed nunc ad nostram hanc præsentem significationem perpetuitatis. Exceptiones quidem, vt iam dixi, omnes ferè perpetuę sunt, sed tamen, cum agitur, siue cum Actor instituit actionem, obiiciendæ sunt exceptiones certo quodam tempore (& omninò exceptionem obiici oportet, & si omittatur, res iudicata valebit ex rigore Iuris, & de se queri debet, qui beneficio exceptionis in tempore non est vsus, nisi sanè tamen æquitas suadeat restitutionem in integrum; vide *l. si vnus. §. pactus. D. de pact. l. peremptorias. C. sententiam rescindi non posse l. 1. C. de iur. & fact. ign. l. præscriptionem & l. pen. & vlt. C. nostro tit.*) Et huc pertinet maximè, meo iudicio, vtcunq; video alios etiam doctos aliter explicare, nostra diuisio; nempè, cum quęrimus: exceptio quod metus causa quãdiu possit opponi? Dicimus perpetuò. Cùm autem quærimus, quando possit opponi? Cùm iam agitur ab actore, tempus aliquod assignamus, de quo in hac diuisione quæritur. Ergo perpetuę etiã sunt, meo iudicio, quæ semper, id est, quacunque parte iudicii opponi possunt, vt melius videtur explicare Accurs. *ad l. 2. D. eod.* & peremptoriæ dicuntur, quod semel obiectæ non differunt saltem obligationem & actionẽ, sed perimunt planè, & ita extinguunt, vt ea repeti postea non possit. Et sic temporales ad tempus quoddam etiam induci, siue in iudicio opponi possunt, atq; obiectæ actionem differunt, & in aliud tempus reiiciunt; ideoq; dictæ sunt dilatoriæ *l. 2. & l. 3. D. eod. tit.* Nunc igitur videamus de tempore obiiciendæ exceptionis. Et sic quidem docetur: Exceptiones perpetuæ & peremptoriæ ab initio litis à lite contestata vsq; ad sententiam quãdocunq; opponi possunt, post sententiam admitti non solent; vide *d. l. peremptorias. C. sententiã rescindi non posse. & l. 1. C. de iur. & fact. ign. l. 8. C. nostro tit.* Temporales verò & dilatoriæ non nisi ante iudicium acceptum, siue ante litem contestatam plerunque opponuntur. Lite enim contestata, videtur tacitè hisce obiectionib. dilatoriis renunciasse; vide *l. 12. C. nostro tit. l. ita tamen. C. de procur. cum simil.* Porrò verò dilatoriarum exceptionum aliç atq; aliæ sunt species. Huc pertinet exceptio fori declinatoria, quę prescriptio fori solet dici; item recusatio Iudicis. Huc pertinent variæ exceptiones procuratoriæ, quæ litem differunt & transferunt, non perimunt. Veteres Rhetores & Pragmatici dixerunt translationes; vide Auctorem ad Herennium *lib. 1.* Quint. *lib. 3. c. 8.* Et hæ igitur exceptiones obiiciẽdæ sunt statim, id est, in initio litis, in ipso limine quæstionis, ne videaris tacitè renunciasse causis & recusationibus, quas in personam adferre possis. Et est ratio, quod eiuscemodi exceptiones ex personis descendunt, non ex causis, & par est, initio litis personas, quibus iudicium constat, certas constitui, veluti Iudicis vel Actoris, vel Rei vel Procuratorum & defensorum; vide de hoc tempore obiiciendarum istarum exceptionum procuratoriarum *l. 13. D. eod. l. 4. C. de iurisdict.* & recusationis Iudicis *l. si quis ex aliena. D. de iurisdict. l. iuris ordinem. de iurisdict. C. item l. 3. D. de iudiciis.* Et hęc regularia sunt. (nota glos. hic *in §. apparãtur. in verb. semper.*) Illud admonere decreui, & puto operæ pretium esse saltem apud bonos, illos, qui malè sibi conscii sunt, & causæ diffidunt, plurimùm se occupare & vexare solere in hisce exceptionib. declinatoriis & dilatoriis, vt non cogantur apertè respondere de causa. Pulchrè etiam Constitutione quadam Pontificia sancitum est, vt Iudex vnum aliquem terminum constituat, intra quẽ omnes eiusmodi exceptiones dilatorias, veluti procuratorias, obiiciant par-

tes, & nisi id faciant, deinceps propter eiusmodi dilationes frustratorias non audiatur. *c. pastoralis. extra, eod. tit.* vide. *& l pen C. eod.* & nota text. *in fin. infra eod.* Iam hoc etiam adiiciam, nō prohiberi Reo pluribus vti exceptionibus, vt si vna non probet, probet tamen altera. *Lis qui dicit 5. & l. nemo 8. D. eod. l. nemo ex his 43. D. de regul. iur. Nemo,* inquit, *ex his, qui negant se debere, prohibetur alia defensione vti.* Et huc vsq; de diuisione secūda.

Sequitur tertia, qua diximus, alias rebus ipsis inhærere, alias saltem personæ cohęrere. Summa autem doctrinæ est hæc: alias exceptiones fideiussorib. etiam, sed iis, qui alterius obligatione accedunt, competere; alias iis non competere: hæ enim ipsam personam respiciunt, & non rem, ac genus obligationis, vt infra audies *in § fin. tit. seq.* & vide ad eum locū *l. iurisgent. §. pactorū. l in heredi, in fin. cum l. seq. & l. quod dictū est D. de pact.* Iam amplius adhuc ꝓ declaratione futuri textus hoc obserua, exceptiones quasdam ipsis fuis actionibus correspondere, & ex iisdē fontib. æquitatis, in diuersis tamen specieb. factorum exurgere. Nam vt, quod metu traditum est, actione, quod metus causa repetitur: sic quod metu promissum est dum petitur, opposita exceptione, quod metus causa, retinetur. Et hic obserua regulam: *Cui damus actionem, illi multò magis damus exceptionē,* quę habetur *in l. inuitus 156. §. cui damus. D. de reg. iur.* Et hic deinceps hoc etiam occurrit, ꝙ quemadmodum actiones aliç certis formulis concipiebātur, aliæ magis extra ordinem in factum, vt simpliciter narraretur factum; ita accidat etiam in exceptionibus. Et nunc postremò, quoad exceptionum formam, vt actiones, ita & exceptiones olim à prætore dabantur, & iudicio actioniq; addebantur; vide *l. creditor 12. D. qui pot. in pign hab. l. 1. §. Labeo. D. de flum. l. 1 §. sunt qui. D. ne quid in flum. publ.* & vide de hoc alios. Francisc. Duarenum *in tit. de pact.* Hodiè sine solemnitate impetrationis simpliciter proponuntur exceptiones, vt etiam actiones, & fit eodem modo petitio ex ratione quadam Syllogismi. Sed imprimis id notandum est, vt principalis intentio actoris est, vt Reus conuentus condemnetur, nimirum ad aliquid dandum vel faciendū; ita petit maximè Reus se absolui ab iniqua actoris petitione, & huius suæ petitionis rationem adducit narrando itidem, vt Actor, factum; veluti: *Domine Iudex, excipiendo dicit Reus, quod vi metuve ad promittendū compulsus est; quod autem vi promissum est, leges dare oportere non cogunt. Petit ergo se à præsenti petitione actoris absolui.* Vide de his quoque libellis Chilian Goltstein *in praxi sua in parte 2. de libell. præsertim pag. 160. & deinceps.* ac Petrum Termineum *in processu pag. 81. & deinceps.* & Alexand. Macholt *in suo Formular. in fin. de processu.* Item Noe Meurer *in Processu Cammergerichts præsertim parte 9.*

Nunc ad textum, in quo imprimis generaliter exceptionum vim & naturam eleganter proponit; eamque regulam septem potissimùm exceptionum exemplis, & sanè peremptoriarum præcipuè declarat, pòst accedit a 1 diuisiones.

℣. Iusta sit, &c.] Imò & *efficax,* vt paulò post. Et hæc sanè ꝓpter regulas ipsius iuris, quæ iubent id, quod nostrū est, nobis reddi; id, quod debetur, solui; quod promissum est, præstari, quibus regulis Actor nititur, sed easdem tamen rursus æquitas prætoria propter circumstantias certas eneruat; vide *l. qui æquitate. D. de except. doli mali.*

℣. Verbi gratia, &c.] Hoc loco commemorat cōiunctim tres exceptionum species, easque peremptorias: doli, metus, erroris. Quid dolus sit, quid metus, supra alio loco *tit. de action.* copiosè diximus, vbi vidimus etiam, quam latè pateat dolus, quatenus in contractibus vindicetur. Et sic sanè exceptio etiam doli multis modis & nominibus competit, quod ostendet tit. Pand. *de except. doli.* Ecce igitur, si quis dolo me induxisset ad promittendum, actio illius, qua à me petit, Iure Ciuili non planè est inualida:

promis-

promisi enim. Sed tamen opposita defensione exceptioneq; de dolo eneruatur, scil. ne cui dolus suus per Iuris Ciuilis occasionem contra naturalem æquitatem prosit. *l. 1. D. d. tit.* Nempè agēti obiiciet, extra quam si dolus sit adhibitus, & vt nos: *Domine Iudex, dicit Reus excipiendo, quòd dolo ad promittendū adhibito iure nostro oporteat dari, & quod dolo sit adductus. Proinde petit ab iniqua actoris petitione se absolui, &c.* Sed quid, si quis metu ad promittendum compulsus? Cassius putauit sufficere exceptionem doli, quæ est generalis, cum & in dolo sit metus. Vlpianus autem iudicauit, vtilius esse etiam de metu proponere exceptionem; vide *D. de doli mali & met. causa except. & ibi in l. 4. §. pen.* Excipiet igitur Reus per metum compulsus etiam sic. Si non per metum extortum sit, excipiendo dicet Reus; *Domine Iudex, Caium actorem eam pecuniam, de qua agitur, & quam petit, vi metuque à se Reo extorsisse. Cum autem Prætor dicat, quod metus causa gestum est, se ratum non habiturum, quippe cum bonis moribus obstet, vim & metum comprobare, petit à petitione & actione Caii se absolui.* Sed quid si rursum errore quid sit promissum? Competit sanè hic quoque doli exceptio, quod, qui errat, dolo ferè circumuenitur. Sed etsi & illa forsitan in eo casu deficiat, erit locus exceptioni in factum ob errorem, vt narretur simpliciter factum & petatur vt supra; vide *l. Iulianus ait 7. D. d. tit. de except. doli mali.*

§. 2. Idem iuris est, si quis &c.

Sequitur alia exceptio de pecunia non numerata; de quo loco diximus *lib. 3. tit. de literarum obligat.* Ecce igitur, si quis mutuam pecuniam se accepisse, & se redditurum literis vel syngraphis contestatus esset, vel etiam stipulanti promisisset, sique ea pecunia numerata nō sit reuera ac data, & tamen petatur, agentem exceptione non numeratæ pecuniæ licet repellere, nempè, si pecunia numerata non esset; vide Chilian. Goltstein *pag. 144.* qui in prolixa formula proponit libellum, & alios, de quibus dixi supra, vide etiam *tit. supr. 22. lib. 3. & l. 1. C. de non numer. pec. item l. 2. §. 2 D. de except. doli.*

§. 3. Præterea debitor, &c.

Nunc de exceptione pacti conuenti. Ea est talis: Nudum pactum & nulla stipulatione firmatum, vt non inducit obligationem ciuilem, ita non potest tollere, vel interimere obligationem ciuilem, aliter quàm solo consensu contractā, quippe vnumquodque eo genere dissolui debet, quo est colligatum *l. prout 8. D. de solut. l. nihil tam naturale. D. de regul. iur.* Et diximus de hoc *ad tit. fin. lib. 3.* Constat tamen hoc pactum iure gentium & æquitati naturali. Ergo, si debitori sit factum pactum de non petendo, puta remissionis vel donationis causa, neque dissoluta est per hoc obligatio, neque tamen etiam nihil actum est, & potest is debitor nihilominus conueniri, si fortè mutauerit animum creditor, sed per pactum illud naturalem obligationem dissolutam esse verum est, iuxta eandem doctrinam *l. prout, &c.* & vide de hoc *in l. Stichum 95. §. naturales. D. de solut. & l si vnus. §. pactus. D. de pact.* Prætor itaque eiusmodi pactum exceptione opposita tuetur, nempè, quandocunq; creditor agat, si hæc exceptio ante sententiam saltem obiiciatur, veluti, si nō sit semel pactum mihi factum de non petendo, perimit omninò actionē; vide & confer, quæ dicta sunt *lib. 3. tit. fi. de accep.* Porrò, potest illud ipsum pactū aliter atq; aliter fieri; potest conueniri, ne ea pecunia petatur; potest, ne à me petatur; potest, ne intra certū aliq tempus, vt bienniū, petatur. Et hoc posteriori casu est exceptio dilatoria, & tamen doctrinæ supra traditæ consequens est, & eam perpetuā esse, i. e. post litem contestatam, & opponi posse, cum ex causa proficiscatur. Hoc ex Institutistis forte nemo concedet. Concedit tamen vetus Interpres, & ex eo Cuiac. *lib. obser. 9. c. 23.*

§. 4. Æquè si debitor, &c.

Sequitur

Sequitur exceptio Iurisiurandi. Casus. Mæuius petit à Titio 50. quæ sibi deberi ait, fortè ex causa legati ab amico. Titius nihil se debere affirmat, & nihil tale mandasse defunctum. Cùm ea res variè agitaretur, delatum est fortè à Mæuio ipsi Titio iuramentum. Et iurat itaque ita esse, & se non debere. Quid nunc porrò, siue reuera debebat, siue non? Dicit & docet hic textus, obligatum eum manere, & actionem contra eum esse. Sed defendit se opposita except. iurisiurandi: *Nisi te deferente iurauerim*. Vel, vt nos; *contra petitionem actoris dicit ac proponit Reus excipiendo, se actore deferente iurasse, pecuniam, de qua agitur, non deberi, & sic iureiurando transactum. Petit itaque se absolui, &c.*

Porrò inquit, obligatum eum manere, ꝙ intelligo non omninò, sed tantum ciuiliter. Nam obligatio naturalis, vt scribit IC. iureiurando sublata est. *l. Stichum. §. naturalis. D. de solut. l. vlt. D. de iureiur.* Quod rectè obseruanti facile est intelligere. Sed adhuc vehementer videtur obstare *l. ait prætor D. de iureiurand.* vbi inquit textus: *Ait Prætor, eius rei, de qua iusiurandum dilatum fuerit, neque in ipsum, neq; in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* de hoc Hottoman. *hic.* Sed quicqd sit, hoc etiam constat, iusiurandum non esse modũ dissoluẽdæ obligationis ipso Iure, & à iure Ciuili institutum. Neq; u.de hoc quicq̃ docetur, vel sæpè dicto tit *lib. 3.* vel alibi. Illud quæritur; cur prætor iniquum iudicauerit eum, qui iurauit, condemnari, etiam si falsò iuratum sit? Et *in l. aduersus 15. D. de except.* scribitur: *Prætor id agere debet, ne de cuiusquam iureiurando quæratur.* Hottoman. id ideo esse suspicatur, quia visa fuisset vniuersa ciuitas religione obstricta, si fuisset ꝓbatum periurium. Ego putauero, trãsactionem iuratam non esse retractandam. Et dixerunt veteres: *Iusiurandum æris alieni emplastrum esse.* vide Agell. *lib. 16. c. 7.*

§. 5. Item si in iudicio, &c.

Exceptio alia perpetua & peremptoria, quæ dicitur rei iudicatæ exceptio, ꝙ semel de eadem re inter actorem & reum iudicatum sit. Nisi inquit Reus excipiendo de eadem re inter me & te iudicatum iam antè sit, nempè, anteriori sententia, liberatus sum. Vulgo dicunt restare hic naturalem obligationẽ. Et ita sanè Paul *in l. Iulian. 60. de cond. indeb.* & id ille ibi expressit in casu, cum verus debitor absolutus erit. An Iustinian. eũdem casum hic intelligat, & an alioquin generaliter post rem iudicatam restet obligatio, ex qua sit exceptio rei iudicatæ, nescio. Et incidimus sanè hìc etiam in similes difficultates, de quibus supr. vt licet videre *ex l. singulis 6 D. de except. rei iud.* & vide Hottomannum, si fortè ille satisfaciet. Equidem iterum tamen verum est, sententiam Iudicis siue rem iudicatã non esse modum tollendę obligationis ipso Iure. Ergo si Titius cum Mæuio iudicio contendat, & Titio probationib. fortè destituto, Mæuius absoluatur, manet tamen obligatus, & iterum cum eo agi potest, sed defendet se exceptione rei iudicatæ, nempè rerum semel iudicatarum oportet esse auctoritatẽ, *l. res iudicata 107. D. de reg. iur.* & vide *l. Iudex 55. cum l seq. D. de re iudic.* Rem iudicatam intellige sententiam iudicis, à qua non est prouocatum, sed quæ rediit in rem iudicatam. Alioquin per appellationes licet ibi contra iniquam Iudicis sententiam consulere, idq; intra 10. dies à tempore dictæ sententiæ; vide *D. de appell. in l. 1. & D. quando appellandum sit. in l 1 & post hoc Nou. 23.* Iure Saxon. dicunt statim esse appellãdum, *per art. 6. lib. 2.* Landtrecht S:d tamen rursus notant id non obseruari, vide Faccium *in diff. 54.* & Reinhard *diff. 101.* & omninò Chilian. König *in praxi c. 104.* & deinde apud eundem multa *de appell.* Item de pœna temerè & frustratoriè appellantis, *c. 134.* & de hoc *lib. 2.* Landtrecht. *art. 12.* & Auctores differ. *in different. seqq.* & de eo habes in Iure cõmuni, *in l cum eo 6. §. ne temerè C. de appell.* & magis vsitatum ius apud Põtificios, *constitutiones in cap. 16. extra, de appellat.*

℣. Alioqui si intra tempus, &c.] Ostendit, cum factum est pactum temporarium de non petendo; nec ante tempus conuentũ peti efficaciter potuisse, quod obesset exceptio dilatoria; nec si ante tempus actum esset, pòst etiam legitimo tempore peti potuisse, quod iam etiam obstaret exceptio rei iudicatæ peremptoria. Et ita is petitor amittebat causam. Et ita hic locus intelligendus est, vt licet videre apud Theophilum & alios itidem. Cętera autem antiqua vide hîc apud Hottoman. & Cuiacium. Sed hoc iure nunc non vtimur, verùm plus petens tempore aliter punitur; de quo alibi dixi, & subiicit Iustinianus.

§. 10. Præterea etiam ex persona, &c.

Nunc de exceptionibus procuratoriis, quod ex titulo de procuratoribus *in D. & alibi.* petendum, & ex iis, quæ dicta sunt supr. *tit. 10. & 11.* Quod infra proponit de infamib. ex obseruatione antiqua, de eo vide apud Quintil. *lib. 3. cap 8.* Putant quidem ex Iure Pontificio id, quod hîc traditur, ita emendatum, vt infamibus non liceat alieno nomine in iudicio versari; vide *cap. infamis, & cap. infames, 3. quæst. 7.*

DE REPLICATIONIBVS.

TITVLVS XIV. aliàs XV.



INterdum euenit, vt exceptio, quæ prima facie iusta videtur, tamen iniquè noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est, adiuuandi actoris gratia, quæ Replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resoluitur ius exceptionis; veluti cùm pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, vt creditori petere liceat, si creditor agat, & excipiat debitor, vt ita demum condemnetur, si non conuenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Conuenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est creditorem excludi, Replicatio ei dabitur ex posteriore pacto conuento.

§. 2. Rursus interdum euenit, vt replicatio, quæ prima facie iusta est, iniquè noceat, quod quum accidit, alia allegatione opus est, adiuuandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur. Et si rursus ea prima facie iusta videatur, sed propter aliquam causam actori iniquè noceat, rursus alia allegatione opus est, qua Actor adiuuetur, quæ dicitur Triplicatio. Quarum omnium exceptionum vsum interdum vlterius, quàm diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facilè est cognoscere.

§. 3. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque adcommodari

modari solent etiam fideiussoribus eius; & rectè, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis, quod ei pro eo soluerint. Qua ratione, & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit perinde succurrendum esse per exceptioem pacti conuenti illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur. Sanè quædam exceptiones non solent his adcommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. Sed hæc exceptio fideiussoribus non datur, ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, vt, cùm facultatib. lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligauit, suum consequi.

C O M M E N T A R I I.

POST exceptiones in iudicio sequi solent etiam replicationes. Igitur de his quoq; nunc agitur. Eæ sunt exceptionum iterum exclusiones. Nam prout Actor & Reus habent, quod alter alteri ex bono & æquo obiiciat, vtentes defensionibus, depulsionib. & firmamentis, vt dixerunt veteres Rhetores, ita has obiiciunt. Et à prætore addi iudiciis postulabant, cum ipso Iure non attenderentur fortè, nempè, vt de his Iudex datus cognosceret. Et appellarunt Replicationes, Duplicationes, Triplicationes, Quadruplicationes, &c. Quæ nihil aliud sunt, quàm aliæ atque alię priores & posteriores vices, per quas Actor & Reus obiiciunt ad defensionem actionis exceptionisve, ille petendo semper & repetendo Reum condemnari, hic se absolui. Verbi gratia; Cùm deberem tibi centum, interpositum est pactum de nõ petendo, quod ipso Iure non tollit obligationem, sed ex ęquitate habet eius rationem prętor. Atque iterum pactus es vt peteretur, quod ipso Iure non constituit obligationẽ, verùm defendit prætor ex eadem ratione æquitatis. *l. si vnus 27. §. pactus. D. de pact.* Dabit igitur prætor iudicium hoc modo: Si apparet, Caium Titio stipulanti spopondisse 100. si non Titius pactus sit, ne peteretur, aut si postea etiam pactus sit, vt peteretur, ita Caium damnato. Et, quod si nunc posterius pactum dicatur dolo vel metu extortum, iterum est alia defensio, nempè duplicatio, vt; *Promisisti 100. promisi, sed factum est pactum de non petendo. Est factum, sed iterum conuenit, vt peteretur. Conuenit, sed per metum.* vide *l. 3. C. de except.* Sic obiiciunt Actor & Reus: *Dabis 100. Non dabo, saltem quod iurauerim me non debere. Iurasti, sed nemini deferente.* Sic vt sumamus etiam aliud exemplum, de alio genere defensionis, ait Titius Actor: *Debes mihi 30.* Caius Reus: *Imò solui, nimirum venit ad me Sempronius exigens tuo nomine, tuoque mandato, vt dicebat.* Actor: *At mandatum nullum à me habuit, itaque adhuc mihi dabis.* Ait itaque, vt nos nunc: *Domine Iudex, replicando dicit Actor, solutionem factam alii, non mandante neque sciente, vel ratum habente id creditore, neque debitorem liberare debere, neque creditori nocere. Caium Reum autem, qua de re agitur, & qua de re ipse excipit, absq; vllo omninò mandato, quod neq; ipsi de solutione, neq; alteri de receptione datum est, soluisse Sempronio, & sic frustrà eum excipere de solutione facta Et petit Actor, vt antea, vt Caius Reus ad soluendum prædicta 30. condemnetur & compellatur, &c.* Vide in loco de solutione eius, quod debetur. *titul. final. lib. 3. §. 1.*

DE

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

TITVLVS XVII. aliàs XVI.

NVnc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui Iura sustinebant, ne facilè homines ad litigandum procederent, quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quòd temeritas tàm agētium, quàm eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modò iurisiurandi religione, modò infamiæ metu coerceatur.

§.2. Ecce enim iusiurandum omnibus, qui conueniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam Reus non aliter suis allegationibus vtitur, nisi priùs iurauerit, quòd putans se bona instantia vti, ad contradicendum peruenit.

§.3. At aduersus inficiantes ex quibusdam causis dupli vel tripli actio cōstituitur; veluti, si damni iniuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris, quàm simpli est actio; veluti, furti manifesti quadrupli; nec manifesti dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis (siue quis neget, siue fateatur) pluris, quàm simpli est actio.

§.4. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam Actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione, [quod non solum calumniandi animo litem mouisset, sed existimando se bonam causam habere.]

§.5. Vtriusq; etiam partis aduocati iusiurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est.

§.6. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod nusquam factum esse inuenimus. Sed pro his introductum est, & præfatum iusiurandum, & vt improbus litigator, & damnum, & impensas litis inferre aduersario suo cogatur.

§.7. Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus. Item pro socio, quæ ab vtraque parte directa est, & ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur.

§.8. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut iniuriarum, aut de dolo nō solùm damnati notantur ignominia, sed & pacti, & rectè. Plurimum enim interest, vtrùm ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

§. 9. Omnium autem actionum instituendarum principium, ab ea parte edicti proficiscitur, qua Prætor edicit de in ius vocando. Vtique enim imprimis aduersarius in ius vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui ius dicturus sit.

§. 10. Qua parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisq; patronorum, & patronarum, hunc præstat honorem, vt non aliter liceat liberis libertisq; eos in ius vocare, quàm si id ab ipso Prętore postulauerint & impetrauerint. Et si quis aliter vocauerit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

COMMENTARII.

PRoponit iterum necessariũ locum. Nam exposito hucusq; iure vtriusq; litigatoris, Actoris & Rei, videndum nunc etiam est, si qui temerè litigant, quomodo coerceantur. Nam & multis ex causis interest, vt ea ipsa temeritas coerceatur. Temerè litigat, qui calumniosè litigat, qui malè & imprudenter litigat. Et hic alias multas pœnas & incõmoditates etiam sentire solet. Dixerũt veteres: *Cum fugiendi potestas est, ne quære litem:* & ICtus laudat verecundam cogitationem lites execrãtis. *l. 4. D. de mutat. alien. iudicii causa facta.* Huc refer locum illum Pauli *ad Corinth. 6.* Et notũ est etiam illud: *Dubius est litis euentus, l. 51. D. de peculio.*

Porrò hoc loco docet & ostendit, temerè litigantes expectare ferè solere pœnas periurii, infamiæ, bonorum, sed & corporis sæpè, vt sanè harum pœnarum metu absterreri possint, de quibus nunc ad textum.

§. 2. Ecce enim Iusiurandum, &c.

Quod de religione iurisiurandi dixit, sic colligit siue inducit: Actor & Reus in initio litis de calumnia iurare coguntur, nempè, quod non calumniæ causa litem intendant, nec calumniæ causa ad inficiationes eant, *l. inter coheredes 44. §. quod familiæ. D. famil. ercisc. & C. de iureiurando propter calumn. l. 2. item Nouell. 49.* Ergo sanè si aliter facient, erunt periuri.

Porrò infrà dicit, etiam Aduocatos partium de calumnia iurare, quod est *in l. rem non nouam. §. patroni. C. de iudiciis,* & vide etiam *Nou. Leonis 107.* Equidem iuramentum hoc credulitatis esse aiunt & conscientiæ; vide *d. l. 2. & gloss. in l. 34. D. de iureiurando.* Sed tamen conscientia hæc, quantum ad Aduocatum & eiusmodi aliàs personas, ex Iure Ciuili sit instituta, instructa & informata. Videant igitur in quãtis periculis versentur homines securi & audaculi, qui parùm curant, quomodo rectè discant: *Priusquàm doceas,* inquit Syracides, *discas.*

§. 3. At aduersus inficiantes, &c.

Iam de pœna inficiatorum, quæ est mulcta siue pœna pecuniaria, siquidem, qui per mendacium negauerit, postea plus ferè cogitur dare; de quo diximus *ad tit. de act.* Et sunt & aliæ pœnæ inficiatorum, de quo vide etiam *in Nou. 18. c. 9.*

§. 6. Hæc autem omnia, &c.

Erat apud veteres etiam actio quædam calumniæ aduersus illum, qui iudicio victus ac condemnatus esset, puta in decimam partẽ litis, id est, eius quod peteretur in libello. Iustinian. ait hanc actionem aboleuisse. In Nou. tamẽ rursus legitur de cautione pstanda, de decima parte litis, sumptuum & impensarum nomine; vide *in Nouell. 12. cap. 2.*

Equidem

Equidem illo iure dicit hic nos magis etiam vti, vt temerarius litigator teneatur in impensas. Et hoc est, quod dicimus: *Victus victori tenetur in expensas.* vide *l. properandum. §. sin autem ex gestis. Cod. de iudiciis;* & de his ipsis sæpius in Nou. suis repetit, vide *in Nou. 82 Nou. 18. c. 9. Nou. 49.* Et ita quidem incidit temerè litigans in pœnam pecuniariam, vt & aliis rursus ex caußis, aliis modis. Vide quę dicta sunt *ad tit. de actionib.* in loco de actione calumniæ in quadruplum. Sed & calumniator in criminalibus in corpus puniri potest, pro qualitate facti, & sæpè pœna talionis, vt est *in l. vlt. Cod. de accusat: & l. vlt. C. de calumniat. cum multis similib. de quibus alibi.*

§. 7. Ex quibusdam iudiciis, &c.

Ostendit hactenus, quomodo metu periurii, item pœnæ pecuniariæ coerceri possit & soleat temeritas litigantium; iam etiam de metu infamiæ. Nempè, si quis bonam fidem non agnoscit, & temerè litem suscipit; potest ex hoc in infamiam incidere. Id autem vniuersale non est, sed solum ex quibusdam negotiis & iudiciis accidit. Et ita est hic etiam alia actionum diuisio, quod actiones aliæ infament, aliæ non infament. Actiones autem infamãtes, siue infamia notantes, sunt hæ: Ex contractibus quatuor: Actio Tutelæ, Mandati, Depositi, pro socio; & quidem directò. Nam harum contrariæ non infamant, quod de iis de calculo & de impensis agitur, non de perfidia, quæ in istis negotiis summè cauenda est. Vide *D. de his qui not. inf. l. 6. §. fi. & l. 5. §. 1. D. depositi.* Ex delictis itidem quatuor: Actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, & de dolo. Vide *D. d. tit. vbi in l. 1.* Porrò ex contractibus istis infamator, si fuerit condemnatus, ex delictis verò etiam, si fuerit pactus, id est, transegit cum aduersario, videtur confiteri crimen *l. 5. D. d. tit. D. de his qui not inf.* Sed hoc iterum intelligendum de iis, qui in iudicio post litem contestatam paciscuntur siue transigunt; non qui ante iudicium. Id quod putant probari *ex l. 14. D. illo tit. de his qui not. inf.* Et eodem modo dicunt, si Reus protestetur, se non animo confitendi delictum, sed vt redimat se à molestiis litis, transigere. Sed hæc incerta sunt. Hæc exceptio expressa est, ita demum paciscentẽ siue transigentem notari, si cum pretio pactus est, non si gratis, qui sanè non videtur ita confiteri, sed petere remissionem litis. Vide *l. 6. §. 2. D. de his qui notãtur inf. itẽ l. 1. §. 1 D. de calum. & omninò l. nõ damnatos 18. C. de his qui not inf.* Amplius generalis exceptio est, si non suo nomine dãnatus sit: itaq; tum demũ his actionib. famosis damnati erunt infames, si in suo negotio & suo nomine damnabuntur. Vide *in l. 1. l. 4. in fi. d. l. 6. §. si quis aliena. l quid ergò 13. cũ l sequen. D. d. tit* Quam distinctionem adhibent nonnulli etiam in pactione. *ex d. l. 1. & l. 4.* Et sic itaque, vt vites infamiam, ex his actionibus statim soluendum est, aut in actionibus contractum ante condemnationem saltem transigendum, in actionibus ex delictis agendum transigendumue per Procuratorem, vide Chilian. König *in practica c. 58.*

Sic igitur nunc vides, quæ actiones & quomodo infament. Sunt & aliæ caußæ infamiæ, & infamant quoque publica iudicia, id est, publico iudicio damnati omninò fiũt infames. Sed de eo non habuit necessum hic dicere, & de his alibi, nempè *in tit finali.*

§. 9. Omnium autem actionum, &c.

Hunc §. variè continuant siue cõiungunt cum superioribus. Ego sic dicere soleo, & sic mihi dicendum arbitror: Ostendere velle Imperatorem nunc quoque aliam pœnam temerè litigantis, & sic tamen simul etiam annectit initium actionis forensis, quod siue quæ pars processus sine iniuria litigantium omitti non potest. In omnibus, inquit, actionibus instituendis hoc est principium,

vt in ius vocetur & citetur is, cum quo est actio. Atqui sunt, quos sine venia in ius vocare non licet; in quo si fiat transgressio, punietur is temerarius & importunus litigator pœna 50. solidorum; & qui non habet in ære, luat in corpore. *D. de in ius vocando.* Et vt inquit Zasius: *Cui non suppetit pecunia, subsidiarium tergum prabeat.* Et diximus de his ante *in tit. de action.* Vide & pulchram huius loci explicationem apud dominum Cuiacium *lib obs 10. c.10.*

Et obserua hic obiter processum ipsum Iudiciorum. Primus locus est de Citatione siue in ius vocatione, *vt hic.* Deinde fiunt editiones actionum, vel etiam simul. Tum vocato datur spacium deliberandi, nempè 30. dies, de quo *Nouell 53.* Tum sequi videntur exceptiones, præsertim temporales & dilatoriæ; & tum etiam satisdationes rerũiudiciales; exinde litis cõtestatio, quæ vt in ius vocatio actionis, sic illa iudicii initium est, cùm nimirum Index & narrationem negotii, & præscriptionem causæ omninò ceperit. Vide eundem Cuiacium *lib. obseru. 9 c. 11.* Item dominum D. Wesemb. *in paratit. tit. de iudiciis. num. 6. & 7.* & eundem *tit. de except. num. 11.* Porrò præstatur nunc etiam iuramentum hoc de calumnia; deinde verò venitur ad reliqua, & potissimùm partem processus, & ad probationes earumque partes. Et tandem concluditur in causa per sententiam, quæ plerunque scriptis comprehendi & ex scriptis recitari debet. *Cod. de sententiis ex breuiculo recitandis. & Nouell. 17. & rursus Nouell. 82.* A qua sententia, si non fuerit appellatum, dicitur illa deinceps transire in rem iudicatam. *l. si fundus. §. si pluris. D. de pignor.* & vide *L. 1. §. vlt. D. ad SC. Turpill.* Et sequitur tunc locus de executione sententiæ per actionem de re iudicata, vel per alia etiam remedia. Et de hac re sub tit. Pand. *de re iudicata.* & effectu sentẽtiarum, & de modo siue forma executionis præcipuè *in C. à diuo Pio 15. ille tit.* Vide etiam Faccium *in different. iudiciali vltima.*

DE OFFICIO IVDICIS.

TITVLVS XVIII. Alias. XVII.



SVperest, vt de officio Iudicis dispiciamus. Et quidem imprimis illud obseruare debet Iudex, ne aliter iudicet, quàm legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est. Ideò [que] si noxali iudicio aditus est, obseruare debet, vt si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, *Publicum Mauium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

§. 2. Et si in rem actum sit coram Iudice, siue contra petitorem iudicauerit, absoluere debet possessorem, siue contra possessorem, iubere ei debet, vt rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, vt tamen de litis æstimatione caueat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit.

§. 3. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interueniunt, quæ diximus interuenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos

quos culpa sua possessor non perceperit, siue illorum, quos perceperit, in vtraque actione eadem ratio penè habetur, si prædo fuerit. Si verò bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

§. 4. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est, sed opus est, vt etiam rei causam debeat exhibere, id est, vt eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cùm primùm ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi vsucapta sit res à possessore, nihilominùs condemnabitur.

§. 5. Preterea fructuum medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet Iudex. Quòd si neget reus, cum quo ad exhibendũ actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idq; sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, vt tamen caueat se restituturum; quòd si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neq; postea exhibiturum se caueat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

§. 6. Si familiæ ercifcundę iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adiudicare debet, & si alterius persona prægrauare videatur adiudicatio, debet hunc inuicem coheredi certa pecunia (sicut iam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quòd solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque, quàm duos coheredes, subsequuntur.

§. 7. Eadem interueniunt, & si communi diuidũdo de pluribus rebus actũ sit. Quòd si de vna re, veluti de fundo, si quidem iste fundus commodè regionibus diuisionem recipiat, partes eius singulis adiudicare debet, & si vnius pars prægrauare videbitur, is inuicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quòd si commodè diuidi non possit, [veluti si homo] fortè, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus vni adiudicandus est, & is inuicem alteri certa pecunia condemnandus est.

§. 8. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet Iudex, an necessaria sit adiudicatio, quæ sanè vno casu necessaria est, si euidentioribus finibus distingui agros commodiùs sit, quàm olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari, quo casu conueniens est, vt is alteri certa pecunia debeat condemnari.

§ 9. Eo

§. 9. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc iudicio, quòd fortè circa fines aliquid malitiosè commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisq; eo iudicio condemnatur, veluti si quis iubēte iudice metiri agros passus non fuerit. Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit, cui adiudicatum est.

COMMENTARII.

Tertia pars rei iudiciariæ est in Officio Iudicis, qui inter Actorem & Reum quasi medius est. Cumque hactenus Actorem instruxerit, pariterque & Reum, & obiter etiam significarit viam quandam in proponenda actione, liteque progrediendi, iam restat, vt extremo loco etiam ipsum Iudicem informet, & ostendat, quomodo auditis omnibus meritis causæ, vt loquuntur, tandem ex iure sententiam dicere & exequi debeat. Qua in re primo generaliter quædam scribit, & generalem doctrinam de Iudicibus proponit. Pòst exempli gratia de actionibus tam in rem, quàm in personam quædam subiicit. Sed nos nunc imprimis generalia quædam de officio Iudicis prosequemur. Principio autem dicendum est de voce Iudicis siue Iudicum. Iudices erant & ipsi magistrat⁹, qui fuêre varii, & prętor quoque Iudex veteri appellatione dictus est, vt Liuius *lib. 3* ostendit, & alii Iudices dati siue addicti causis, tanquam causæ disceptatores. Et isti quidem magis pro suo iure & pleno iure cognoscebant, & erant viri vt plurimùm militares, legum ignari, sed tamen Assessores habebant, qui ius ipsis subministrabant. Vide *D. de officio assess. l. 1. item quod quisque iuris, &c. l. 2.* Hi verò periti legum esse debebant, & præstare scientiam legum & morum, sicut & ipsi Assessores; quos hi non habebant, & ex corpore Studiosorum Iuris assumebantur. Vide *Nouell. 82.* & ibi Cuiacium. Et monet hic Iustinianus nominatim, imprimis ipsis iudicibus obseruandum esse, ne aliter iudicent, quàm legibus aut constitutionibus, aut moribus proditum est, Cuius pleniorem vsum & praxin obseruabis, *ex l. de quibus. D. de legib.* & dici solet in iis titulis duobus primis Institutionum. Porrò sæpius etiam vtitur Iustinianus hac admonitione ad Iudices, nempè, vt iudicent secundum leges scriptas, vide *in Nou. 82. item in Nou. 113.* Nec enim debet Iudex velle prudētior videri lege. Et hoc est, quod dicimus: Tutius esse iudicare secundum scriptas leges, quàm extra ius scriptum ex loco & capite de æquitate. Vide Aristot. *lib. 3. Polit. c. 12. item in Rhetor. ad Theodecten. lib. 1. cap. 1.* & dominum Phil. Præceptorem *in Ethicis.* Quod si autem aliter fecerit, id est, si aliter pronunciauerit, quàm habent leges scriptæ, faciet litem suam, adeoque poterit & ipso iure dici talis sententia nulla, vt nō sit opus appellatione, vbi de imperitia Iudicis cognoscatur, vide *l. si expressim 19. D. de appell. item D. quæ sententiæ sine appell. rescindantur. l. 1.* Et de his alibi diximus. Attamen hodiè in nostris Iudiciis exordinariis non amplius ita speciales iudices singulis causis addicuntur, & plerunque in magistratu sunt etiam hi Iudices. Atque hic quoque videndum est de quibusdam generalibus. Posset itaq; imprimis hic quoque dici de officio magistratus. Et quanquam de his sæpius in hac ipsa schola dici ac proponi solet, tamen eadem etiam repetere & dicere & tutum & necessariū sæpe est, vt inquit Paulus *ad Philip.* Et sanè prior doctrina sæpius reuocanda est, & memoriam conuenit illustrare, sed tamen tempus non patitur de his omnibus nos dicere & repetere. Ego pro breuitate temporis de his, & simul de Iudicibus nostris, nihil

puto

puto excellentius iudicari posse, quàm quod scriptura de iis dicit: *Ego dixi, vos dij estis.* & Deut. 1. *Dei exercetis iudicium.* & 2. Paral. p. 19. idem eleganter admodum magnaque cum seueritate proposuit Iosaphat Rex. Sed & Iudices quales eligere oporteat, & quales eos esse oporteat, docetur Exodi 18. Vide quoque *Epist. ad Rom 13.* Accedunt grauissimæ commonefactiones Iustiniani Principis, vt *in Nouell. 8. in Nouell. 17.* vbi etiam de eo um iuramento. De quo itidem monet liber iuris Saxonici *artic 54. lib 3* **Landtrecht.** Et omninò hoc præcipuum erit, vt cum Iudex sciat, se loco Dei esse, obseruet illud Callistrati Iurisconsulti *in lib. de cognitionib.* vt in adeundo quidem se facilem prębeat, sed contemni tamen non patiatur, & in cognoscendo neque statim excandescat, neque illachrymetur, siue, vt alibi, misereatur nocentium. Et hæc omnia sine prosopolipsia omnium iudiciorum ipsiusque veritatis & æquitatis præsentissima pestis, & nocentissima corruptela sunt. Vide *l. obseruandum 19. D de officio præsidis.* item Deut. 1. & 19. *Quod iustum est,* inquit, *iudicate, siue ciuis ille sit, siue peregrinus. Nulla erit differentia personarum. Ita paruum audietis, vt magnum. Non accipietis cuiusque personam.* (Itē Ezech. cap. 18.) Vocant igitur sæpè leges nostræ Iudicem virum bonum & innocentem. *l. 4. D. familiæ ercisc. cum concordantib.* adeoque definiunt Iudicem *Virum bonum disceptandæ rei causa datum.* Ita dominus Cuiacius. Et Iudicium *disceptationem, quæ fit ab eo, quem magistratus causæ disceptatorem partibus dedit.* Atqui extat grauissima comminatio aduersus iniquos Iudices, *Sapient. c. 6.*

Porrò verò Iudices versari in duplici quęstione, siue circa duplicem quæstionem, ostendit *l. 79. D. de iudiciis cum simil. b.* Altera est quæstio iuris, altera facti. Atqui in quæstione illa Iuris valet quod dictum est, vt iudicet secundum leges, non secundum suam conscientiam extra legē. In facti quæstione iudicare debet secundum suam conscientiam. Et possum hoc probare *ex l. 3 D. de testib. cum aliis similib. & l 72.* Vulgò dicunt etiam, iudicare eum hic debere secundum allegata & approbata, non secundū conscientiam. Atqui ita eum iudicare debere, nondum satis liquet, nec vsu approbatum est, propter contrarias cautelas, quæ traduntur. Moueret vehementer, quæ traduntur apud Agellium *lib. 14. cap. 2.* nisi illa essent in alia specie. Et fateor omnium grauissimam esse eam commonefactionem, ne temerè sequatur Iudex suos affectus.

Et hactenus habes officium Iudicis in adeundo, item in cognoscendo, & partim etiam in pronunciando. Iam porrò quod ad hoc postremum attinet, postquam plenè causa cognita est, quo ad quæstionem vtramque, Iuris & facti, dicet Iudex sententiam absoluendo vel condemnando. *l. 1. D. de re iud.* eamq; conformem petitioni & qualitati actionis, cuius illum admonere poterit libellus, eiusq; conclusio & conditio etiam actionis, si vel arbitraria sit, vel bonæ fidei aut stricti iuris. Et dicet sententiam ita, vt per eam litem tollat, non nouam exhibeat. Quod fiet, si, quatenus fieri potest, certam dicat sententiam, non incertam. Nam incerta sententia nullius momenti est, veluti, si, vt ille olim (Claudius Imperator) dicat; secundum eos pronuncio siue sentio, qui vera proposuerunt, vide *l. Pomponius. § recepisse l qui tamen. §. Pomponius. D de recept. arb l. 31 C. de sententiis quæ sine certa quantitate proferuntur l. in sententiis. D. de re iud.* & Suetonium *in Claudio c 15.* Ita igitur magis pronunciabit, vt dicat certum quid, & nomen actoris, rei, loci, temporis & ipsius condemnationis, & vt infra in hoc tit. *Publium Mauium Lucio Titio in 10. aureos condemno, aut noxam dedere.* Vel: *Publium Mauium à petitione Lucij Titij absoluo.* Porrò, quo ad formulam, sententiam scriptis recitabit, idque sedens, & non licet eum vel nocte vel die feriato pronunciare, de quibus in latioribus Pandectis & Codice. Et in

Dddd summa,

summa, iuxta rationem nostrorum Iudiciorum ita ferè dicitur sententia: *Visis vel auditis hinc inde petitionibus, & responsionibus, omnibusq; allegationibus, probationib &c. pronunciamus secundum Ius, Publium Caio 100. aureos, qua petűtur, debere, & soluere oportere.* Item *his ex causis iustis & aliis adductis, sedentes pro tribunali pronunciamus secundum Ius &c.* Vel: In Sachen der Rechtfertigung zwischen N. Klägern an einem/ vnnd N. hundert vnd dreyssig Gülden im Handel angezogen belangend/ Beklagten am andern Theil/ nach Klag/ Antwort vnd allem Vorbringen/ ermessen vnnd gestalt der Sachen/ erkennen Richter vnd Schöpffen zu Recht/ daß der Beklagt jhm Klägern die begerte hundert vnnd dreyssig Gülden zubezahlen vnnd zuentrichten schuldig vnd zuverdammen sey. Wie wir jhn den Beklagten auch also verdammen/ mit Erstattung Gerichtskosten vnd Schaden derhalben erlitten/ welcher Mässigung wir vns hernachmals zuthun/ hiemit vorbehalten haben wöllen. De quo vide suo loco.

Quando autem Iudex pronũciauit, functus est suo officio, & deinceps mutare siue retractare sententiam ipse non potest, sed hoc pertinet ad superiorem Iudicem, si prouocabitur. *l. 42. & l. 55. D. de re iudica.* Habes in genere officium boni & innocentis viri in disceptatione causæ, quod sanè arduum est, & ideo monet Syracides pulcherrimè in hæc verba: *Iudex esse ne contendas, cum iniuriis tollendis par esse non possis, ne quando faciem potentis reformides, atque integritati tua ponas offendiculum.* Ostendi, quàm difficilis & periculosa sit hæc iurisdictio, & in Iudice requiri non modò integritatem, iustitiam & æquitatem, iurisque scientiam, sed & summam constantiam, quæ nullius gratia aut potentia à veritate ac religione vnquam deducatur, sed cordatè puniat malos, foueat innocentiam, etsi ab illis odia & iniurias, ab his etiam sæpè ingratitudinem expectare debeat. Deinceps quomodo Iudex aditus actioni secundum leges iudicare & officium suum accommodare debeat, exemplis adductis in specie etiam ostendit. Atqui diximus in loco de definitione Action. officium hoc Iudicis (quod vulgò vocant officium mercenarium) ipsi actioni eiusque naturæ cohærere, qua de re etiam proximè monui. Itaque cum exposuerimus harum actionum proprietates & differẽtias, imò varias actionum qualitates, & cuiusque membri naturam, & quid & qualis sit actio in personam, in rem, actio noxalis, actio vniuersalis de hereditate, actio ad exhibendum, actio mixta, communi diuidundo, familiæ erciscundæ, &c. ex iis ipsis facilè colligi & intelligi potest, quale debeat esse in his officium Iudicis. Exempli gratia. Rei vindicatio, quæ est actio in rem, rei persecutoria tamen est, item arbitraria, & datur aduersus possessorem tam bonæ quàm malæ fidei. Constat autem & de hoc quoque ex ante traditis & propositis doctrinis, de fructibus quoque reddendis, de impensis in rem factis, quæ minuunt petitionem fructuum, simul agi, de quibus *sub tit. libr. 2. primo. §. si quis à non domino.*

Monet igitur nunc Iudicem actionis eiuscemodi in rem, vt possessorem non conuictum absoluat, conuictum iubeat rem restituere, vnà cum fructibus, vt tamen habeatur ratio ac discrimen, bonæ an malæ fidei possessor sit. Et quanquam in actionibus personalib. tempus aliquod legitimum detur confessis & iudicatis, de quo alibi diximus cum differentia ex Iure Saxonum; in actione in rem verò non item, sed statim res restituenda sit, de quo *in l. officium & l. qui restituere D. de rei vind.* commonefacit hic tamen eundem illum Iudicem actionis realis, vt eatenus etiam bonum & æquum sequatur, vt spacium restituendi det petenti, & qui sine fraudatione & frustratione id petit, & se litis æstimationem soluere velle satisdat, vt sic neque hic cum sacco paratum

statim

statim esse deceat creditorem. Portò in petitione hereditatis idem propè proponit officium Iudicis, de quibus vide latius eos titulos, *de rei vindicat. item de petit hered.* & proposita sunt ista suo loco. De actione communi diuidundo, & familiæ ercifcund. quæ hic proponit, alibi etiam diximus. Sic quoque de actione ad exhibendum, in qua, cum sit arbitraria, iubet Iudex exhibere, & nisi exhibeat condemnat; & de hoc amplius hic docet, quomodo exhibere eum oporteat, qui absoluendus est. Et scribit hic quoque fructus præstandos à tempore litis contestatæ. De quibus vide *l. 9. D. ad exhibendum. l. 31. D si certum pet. l. 2. D. de vsur. & l. 20. D de rei vindic.* Et quod de tempore dilationis concedendo ait, intellige itidem vt supra.

§. 8. Si finium regundorum, &c.

De actionibus his mixtis, vt ante monui, *alibi & lib. 3. & hoc eodem libro quarto* diximus. Hic annumerat iis actionem finium regundorum, quam in titul. *de obl. ex quasi contract.* suppresserat, quod præstationes personales in hoc iudicio non ex quasi quodam contractu, sed potius ex quasi delicto, nempè furandi, nasci & existere videantur. Et sanè magni criminis instar habet ista auaritia hominis non contenti suis finibus & agris, & aliena etiam occupantis, vnde & criminales sunt ex ea re accusationes & pœnæ, de quo *D. de term. moto.* & vide *Cod. tit. finium regundorum. l. si constiterit 4.* item vide *Deut. 19. & 27.* vbi inquit: *Maledictus qui transfert terminos proximi,* & vide in Iure Saxonico *lib. 2. artic. 418.* item Faccium *different. 68.*

Sed ad actionem hanc nostram finium regundorum, quæ mixta etiam est in rem & in personam, rei persecutoria & ciuilis, item stricti Iuris. Debet itaque in hac actione Iudex, vt in aliis actionibus mixtis, & de re, & de præstationib. personalibus iudicare siue sententiam dicere, terminos reddere, aut etiam commodius ex æquo & bono discernere & distinguere, & ita pronunciare de præstationibus personalibus, si alter ex alterius incommodo suum commodum auxit moto termino, vt de hoc fiat restitutio ex eo quod interest. Contumaciæ quoque nomine potest condemnare eum, qui non est passus metiri agros, & commodè terminos discernere. Et sanè ad tollendas rixas & turbas motusque publicos plurimùm interest, de hoc ipso prudenter auctoritate publica statui, vide *D. & C. tit fin. regund.*

Portò ad finem addit corollarium, desumptum ex Vlpian. Institut. *tit 19.* Et quod pertinet ad dominii locum: *Quod,* inquit *ex his iudiciis diuisoriis alicui adiudicatum fuerit, id statim illius fiet.*

Et hactenus Duce Iustiniano Imperatore persecuti sumus & absoluimus tria illa iuris nostri maximè priuati summa capita, in quibus Obiectum, vt alii Subiectum, & alii etiam materiam iuris vniuersi collocant, nempè de Personis, de Rebus, vbi sunt dominium & obligatio, & de Actionibus, in quo loco rem iudiciariam de Actore siue iure actionis de Reo, & Exceptionibus & de Iudice cognoscimus. Et ita Iuris tractatio vniuersa videtur absolui succincto & erudito libello, quem summo Dei beneficio integre enarrauimus & exposuimus; non quidem ea industria, qua debuimus & vellemus, sed qua adhuc potuimus, & spero, multos ex ea prælectione ita informatos & institutos esse, vt sine vlla remora cæteras ordinarias & publicas lectiones Pandectarum, Codicis & Iuris itidem Pontificii percipere, in iisdem feliciter progredi, & tandem Deo & hominibus suam industriam probare possint. Parciores fuimus in citando, sed id, vt, quantum omninò fieri posset,

tempore, cuius solius auaritia honesta est, vt inquit ille, non abuteremur, & propterea etiam laudatissimorum virorum & præceptorum nomina non semper laudare & citare potuimus. Posthac, Deo dante, dabo operam, vt viris bonis & doctis, præceptoribusque, licet excellentem quandam eruditionem de me nunquam polliceri potui, diligentiam tamen meam laudabilem & vtilem probem. Hoc requiritur, vt fideles reperiamur; & non est inanis labor in Domino, atque piorum vocationis non solùm auctor est Deus, sed etiam moderator, fautor atque adiutor, fremant licet mille diaboli.

Porrò nunc tamē Iustinianus etiam publici cuiusdam iuris & publicorum Iudiciorum aliquem veluti gustum dare vult discentibus. Adiiciamus itaque post absoluta ista omnia etiam hoc addidamentum & auctarium, in quo sanè prolixè commemorare poterimus, sed videndum erit quid ferat tempus.

DE PVBLICIS IVDICIIS.

TITVLVS XIX. Alias XVIII



PVblica iudicia neq; per actiones ordinantur, neque omninò quicquam simile habent cum cæteris iudiciis, de quibus loquuti sumus, magnaque diuersitas eorum est, & in instituendo, & in exercendo.

§. 2. Publica autem dicta sunt, quòd cuiuis ex populo exequutio eorum plerunque datur. Publicorum iudiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia.

§. 3. Capitalia dicimus, quæ vltimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, non tamen capitalia.

§. 4. Publica autem iudicia hæc sunt, lex Iulia maiestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem, vel rem publicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cuius pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.

§. 5. Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quæ non solùm temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, quùm quis sine vi vel virginem, vel viduam honestè viuentem stuprauerit. Pœnam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

§. 6. Item

§.6. Item lex Cornelia de ſicariis, quæ homicidas vltore ferro perſequitur, vel eos, qui hominis occidendi cauſa cum telo ambulant. Telum autem (vt Caius noſter ex interpretatione legum duodecim tabularum ſcriptum reliquit) vulgò quidem id appellatur, quod arcu mittitur, ſed & nunc omne ſignificat, quod manu cuiusque iacitur: ſequitur ergo, vt lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur, dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τηλοῦ figuratum. Et ſic hanc ſignificationem inuenire poſſumus & in Græco nomine. Nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonent nos Epigrammata in Xenophonte vrbis fauſtiſſimæ ſcripta. καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι τοξεύματα, σφενδόναι. πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à ſica, quod ſignificat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odioſis, tàm venenis, quàm ſuſurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publicè vendiderint.

§. 7. Alia deinde lex aſperrimum crimen noua pœna perſequitur, quæ Pompeia de parricidiis vocatur, qua cauetur, vt ſi quis parentis, aut filii, aut omninò adfinitatis eius, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparauerit, (ſiue clàm, ſiue palàm id auſus fuerit) necnon is, cuius dolo malo id factum eſt, vel conſcius criminis exiſtit, licet extraneus ſit, pœna parricidii puniatur, & neque gladio, neque ignibus, neque vlli alii ſolemni pœnæ ſubiiciatur, ſed inſutus culeo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & ſimia, & inter eas ferales anguſtias comprehenſus (ſecundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel amnem proiiciatur; vt omnium elementorum vſu viuus carere incipiat, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel adfinitate perſonas coniunctas necauerit, pœnam legis Corneliæ de ſicariis ſuſtinebit.

§.8. Item lex Cornelia de falſis, quæ etiam teſtamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui teſtamentum vel aliud inſtrumentum falſum ſcripſerit, ſignauerit, recitauerit, ſubiecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit, ſciens dolo malo. Eiusque legis pœna in ſeruos vltimum ſupplicium eſt (quod etiam in lege de ſicariis & veneficiis ſeruatur) in liberos verò deportatio.

§.9. Item lex Iulia de vi publica ſeu priuata aduerſus eos exoritur, qui vim vel armatam vel ſine armis commiſerint. Sed ſi quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Iulia de vi publica irrogatur, ſi verò ſine armis, in tertiam partem bonorum ſuorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel ſanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus,

 tunc

tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur, secundùm nostræ constitutionis definitionem, ex qua hoc apertiùs possibile est scire.

§. 10. Item lex Iulia peculatus eos punit, qui [publicam pecuniam, vel rem sacram] vel religiosam furati fuerint. Sed siquidem ipsi Iudices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animaduersione puniuntur, & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii verò, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subiugentur.

§. 11. Est & inter publica iudicia lex Flauia de Plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leuiorem.

§. 12. Sunt præterea publica iudicia, lex Iulia de ambitu, lex Iulia repetundarum, & lex Iulia de annona, & lex Iulia de residuis, quę de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant, aliis autem pœnis eos subiiciunt, qui præcepta earum neglexerint.

§. 13. Sed de publicis iudiciis hæc exposuimus, vt vobis possibile sit summo digito, & quasi per indicem ea tetigisse; alioqui diligentior eorum scientia vobis ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, aduentura est.

COMMENTARII.

De vtilitate huius materiæ pluribus nos scribere tempus non patitur; tantùm illud dicendum, cum iam ferè sint illa tempora, quibus abundat iniquitas & refrigescit multorum charitas, & labascit ferè omnis disciplina, magna contentione magnaq; diligentia acuendam esse legem seu vocem legis, vt scribitur *in Deut. cap. 6.* vt intelligatur, quomodo ex vitiis, si non curentur & indurescant, facilè nascantur crimina, crimina oporteat habere asperiores pœnas. Et poteramus hæc copiosè explicare iuxta ordinem & modum perpetui edicti in Decalogo; sed id nunc non fert tempus, & faciemus pro Dei voluntate aliàs. Interim legite & conferte aureum Domini Philippi Melanchthonis præceptoris libellum, qui inscribitur, Collatio rerum forensium Atticarum & Romanarum. Ego tamen pleraque omnia capita, quę in hoc titulo proponi solent, quantum fieri poterit, breuiter complectar. Et nunc primum de nostro titulo. *De publicis*, inquit, *iudiciis*. Qui tractatus est in Pandect. *lib. 48. in C. lib. 9.* In Iure Saxonico præcipuè de hoc est *in art. lib. 2. c. 13.* & notatur in gloss. fin. *art. 16.* eodem libro. Et in libris vulgatis differentiarum apud Faccium *part. 4.* Reinhardum *part. 6. de pœnalib.*

Porrò *publica iudicia*, inquit, respectu priuatorum, & ante in Pandectis est tit. de priuatis delictis, quorum tamen etiam dicuntur priuata iudicia, *l. stellionatus 3. D. de crim. stellionatus, l. infamem 7. D. de publicis iudiciis.* Ergo rursus publica hæc iudicia sunt publicorum criminum, *d. l. infamem, & l. Manichæos 14. C. de hæreticis. l. transigere 18. C. de transact.* Et aliud est delictum, aliud crimen. *l. quis sit fugitiuus 17. §. noxas. D. de ædil. edict.* Notauit Concius, item Cuiacius. Iam de definitionibus. Et primùm de nomine.

Publicum

Publicum dicitur, quasi populicum, quod cuiuis è populo executio, id est, delatio & accusatio eius nomine detur, *vt hic*, & vide supra *lib. 1. de susp. tutorib. §. consequens est*. Sed nunc de definitione rei, in quo maior est difficultas, quomodo definiri debeant publica iudicia. Et faciles quidē sunt in definiendo, qui non cogitant illud: *Erubescimus sine lege loqui*. Alii putant hîc tradi definitionem; sed rectè redarguuntur; & bene notant alii, hāc nominis esse definitionem. Alii à criminum qualitate sumunt solum definitionem, quasi atrocitas criminis faciat publicum iudicium. Quibus itidem obiici possunt, ex quibus se non facilè expedient.

Sed his missis, definitionem hanc à causa efficienti *ex l. 1. D. nostro tit.* tradi debere apparet. Ergo: *Publica iudicia sunt, siue publicorum criminum iudicia sunt, quæ ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, d. l. 1.* & scribit Iurisconsultus ibidem in hæc verba: *Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt, sed ea tantùm, quæ ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, vt lex Iulia Maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis & veneficiis, Pompeia Parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi priuata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona*. Et de his omnibus hoc nostro titulo. Atque ita omnes docti hoc intelligunt, vt ea sola sint publica & non alia. Ita Cuiacius, Hottomannus, Duarenus, Brisonius, Goueanus, & Dominus D. Wesembecius, &c. Apparet tamen Principes his postea annumerasse crimen hæreseos & apostasiæ, *d. l. 4. C. de hæreticis*. Ex hoc etiam efficitur, aliud esse criminale iudicium, aliud publicum. Criminalia multa fuerunt, quæ tamen publica non sunt facta. Furti criminaliter agi potuit, nunquam tamen iudicatum est publicum etiam iudicium esse. Quod si quæras nunc amplius, quid igitur hæc crimina & iudicia publica à priuatis iudiciis maleficiorum differant? Alii rursus aliud assignant siue notant, & plerunque hoc, quod priuata iudicia priuatam causam, priuatamque vindictam continent; publica publicam. Et in priuatam istam causam sunt quidem actiones pœnales etiam, sed tamen ciuiles & priuatæ, institutæ & comparatæ in eorum gratiam, & ad vlciscendum eorum dolorem quibus facta est iniuria. Et hæc quidem differentia mihi verissima esse videtur, si accipias id, quod vtplurimùm fit. Dominus Cuiacius tamen non videtur eam satis probare, & putat id propriè differre hæc iudicia, quod in publicis iudiciis & alius sit reorum habitus, alia iudiciorum formula, alii Iudices, & grauiores damnationes. Quæ omnia etiam vera sunt. Vide eum de hoc *lib. obser. 8. c. 33.*

Postremò, si quæras, cur igitur ista tantùm crimina publica esse, & iudiciorum publicorum, quæ ita differant à priuatis, voluerint? Alii nullam eius rationem quęrunt, aut quærendam censent. Idem Cuiacius. Alii rationem inuestigant, & alii aliam assignant.

Hoc tamen ferè omnes recitant, quòd dicant, hæc crimina visa esse talia, id est, tàm magna & tàm atrocia, vt populus vel vniuersa Respublica ad suam curam & vindictam ea reuocaret, ita Hottomann. *in par.* Baldus *in categor. iur.* Duarenus *lib. disput. 1. cap 34. & 35* Hopperus *in arte iuris, lib. 3.* Et sanè, quomodocunque Principes *in dicta l. 4. Cod. de hæreticis*, publicum crimen intelligant, cum crimen hæreseos publicum esse vellent, sic scribunt: *Quia, quod in religionem diuinam committitur, in omnium infertur iniuriam.* Videtur tamen in Scholis pro discentibus disputatio͂ū forensium fontes ex intima natura & Philosophia, sic, coniunctis causis, efficienti, finali & aliis, definiri posse publica iudicia:

Publica iudicia sunt, quæ legib. publicorum iudiciorum

diciorum instituta sunt, ad vindictam ferè publicam eorum criminum, quæ ipsius etiam Reipublicæ corpus maximè petunt & lædunt, siue quæ in ipsam Rempubl. videntur committi. vide omninò hic Dn. D. Wesembec.

Porrò verò hodiè tamen etiam in hoc titulo communiter criminalia iudicia agitari solẽt, etsi dixi, aliud criminale esse, aliud publicũ. Ergo indicandum nunc etiam, quænam criminalia iudicia dicamus, nempè, ex delictis ciuilis est actio, qua, qui læsus est, quod sua priuatim interest, persequitur, vt supra dixi.

At Criminale iudicium dicitur esse, quo quis publicam vindictam criminis exequitur, ex quo pœna est publica siue Reipublic. Nec interest, pœna sitne corporalis, an alia? quæ pecuniaria etiam & ea pœna legis est, quam lex imponit; vide *l. ordo 8. D. de publ. iudic. l. hodiè* 13. *D. de pœnis. l. 1. D. ad SC. Turpil. Item gloss. in l. 3. D. de sepul. viol. in verb. centum aureorum, & gloss. in § in summa. tit. supr. de iniur.* Et ita communiter concluditur ex dictis glossis, & quod dicunt, videtur mihi verissimum esse. Nam & publica iudicia quædam dicuntur capitalia, quædam non capitalia. Aliud est capitale iudicium esse, aliud criminale. Publica iudicia criminalia esse puto, nõ econuerso omnia criminalia publica; vide *l. 1. D eod. l. stellionatus 3. D. de extraord. criminib. l. præuaricationem 3. D. de præuaric. l. vlt. D. de furt.* Et eo modo de criminali iudicio. Atqui Interpretes Iuris Saxonici putant, criminale vere nõ esse, nisi ex quo sit pœna in corpore infligenda; vide Facciũ *diff. 13.* & Reinhar. *diff. 98.* & gloss. *in art. 68. lib. 1.* Landtrecht.

Hactenus de definitione, post quam meritò sequtur diuisio, etsi Imperator alia quædam annectit ad initium, de quibus postea. Et sumitur diuisio à pœna siue modo pœnæ. *Publicorum,* inquit, *iudiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia sunt, quæ vltimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Non capitalia dicit esse cætera, quæ infamiam irrogant cum damno pecuniario.* Vide *l. publicorũ 2. D. eod. l. capitalis 103. D. de verb. sign. cum similib.* Atque hic imprimis nota, omnia publica iudicia infamare, id est, publico iudicio damnatum fieri infamem. *l. infamem 7 D. de public. iudic.* De non capitalibus pulchrè *in d. l. 2.* dicitur: *Non capitalia,* inquit, *sunt, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coercitio pœna est.* vide hic etiam *l. si quis fortè 6. §. fin. cum aliquot sequentib. D. de pœn.*

Porrò, quod inquit de vltimo supplicio, & forsitan quoque de coercitione in corpus, id intellige saltem post leges illas veteres, Porciam & Semproniam, quibus olim in corpus ciuis Romani non ita licebat statuere & animaduertere, de quo vide Paulum Manutium *de legib.* Nicolaum Gruchium *de Comitiis.* Carolum Sigonium *de iure antiquo,* & alios. Vide etiam loca in Actis Apostol. *c. 16 & 22.* Quod amplius attinet ad vltimum supplicium, per quod mortem intelligit *l. vltim. suppl. 21. D. de pœnis.* sunt eius species omninò variæ. Iulius Paulus *lib. sent. 5. tit. 17.* scribit: *Summa supplicia sunt, crux, crematio, decollatio. Mediocrium autem delictorum pœnæ sunt, metallum, ludus, deportatio. Minima, relegatio, vincula, &c.* Vide similem ferè locum *in l. capitalium 28. in princ. D. de pœnis.*

Quod ad crucem attinet, fuit illud genus supplicii frequens apud Iudæos. Sed scribitur à Constantino Imperatore id ipsum sublatum esse, & quidem, vt nonnulli putant, in honorem Christi. Huius autem loco introducta est furca, cuius sæpè fit mentio in iure nostro, vbi laqueo vita finienda est. Et ita olim vita adimi non potuit, vt nec securi, quod vsitatum tamen maximè est apud Anglos. In Germania gladio caput amputatur. Et hæc creditur inter vltima supplicia minima siue minus seua, minimè infamis esse pœna; vide *l. 8. D. de pœnis.* Crematio hodiè varia est. Et omninò multa alia genera suppliciorum Principum constitutionibus introducta sunt, vt flammis torrere, incendere

dere ad ſtipitem, rotare, rumpere ferro candenti, dilacerare equis, ſed & diſſectio corporis in partes. Immanis Nero Chriſtianos ferarum pellis inſutos à canibus dilacerari volebat; vide etiam de pœnis militaribus *in l.3.D.de re militari.* Ad corporis coercitionem ſine vltimo ſupplicio pertinent, & præcipuè fuſtigatio, quæ pœna olim fuit vſitata; ſcopatio hodiè vulgò nota, manus abſciſſio, olim valdè nota, vt aiunt, Francis, & fuit celebris apud Indos in puniendis periuris, vt ſcribit Alexander ab Alexandris; item abſciſſio linguæ vſitata in blaſphemantes nomen Dei; auriculatum, quæ ſolet adhiberi in modicis furtis. Eſt pœna etiam maximè militaris, cum nocens per ordines armatorum currit; aliàs eſt hîc ignominioſa miſſio & diſcinctura. Et hæc de vltimis ſuppliciis & aliis pœnis corporalibus. Iam ad cæteras pœnas capitales, de metallo ſiue ludo.

Per hoc intellige, cum in metallum & opus metalli, & ad ludum venatorium, & vt cum beſtiis certarent, damnabantur, qui fiebant ſerui pœnæ, & patiebantur ſic capitis deminutionem maximam. Et nunc ſucceſſerunt pœnæ in locis maritimis, cum damnantur ad remos, quales pœnas in Chriſtianos captiuos ſolet exercere hoſtis Chriſtianæ fidei. Aquæ & ignis interdictio olim fuit vſitata, Imperio nondum dilatato. Huic ſucceſſit deportatio, quæ fuit ſpecies exilii. Et propriè dicitur exilium, vbi mulctatus infamia exuebatur bonis, & amittebat Ius ciuitatis perpetuò futurus exul, cum longè mitior eſſet relegatio. Nam etſi & relegatus in certum locum amandaretur, tamen fiebat hoc plerunque ad tempus, retinebatque ferè bona, nec ius ciuitatis omninò amittebat; vide *D. tit. de interdict. & relegatis & ibi l. relegati 4. l inter pœnas 6. & l. relegatorum 7. l. capitalium 28. §. in exulib. D. de pœnis, cum ſimilib.* Hodiè horum loco videmus magis vti banno ſiue proſcriptione Imperiali. Vide conſtitutionem de ſtatutis & conſuetudinibus, *§. item nulla poteſtas. in vſibus feudorum.* Item Oldendorp. *in tractatu de iure & æquitate.* Baldum *in l.1. C. de heredib. inſtit.* Item Chilian. König. *in fine proceſſus* von der Acht. Sunt, qui volunt, hos bannitos ſeruis quodammodo æquari, & quidem ſeruis pœnæ, ex Conſtitutionibus poſterioribus Imperii, quæ extant inn den Reichs Abſchieden. Sanè videntur magis accedere ad eos, quibus aqua & igni olim interdicebatur. Quod tamen in eos cuilibet datur ius interimendi, neſcio, an cum vlla lege noſtra conueniat, niſi fortè placeat, huc torquere *l.1. Cod. quando liceat ſe ſine iudice vind.*

Porrò eſt etiam hodiè bannum ciuitatum & municipiorum; vide *d. loco* Oldendorpium, Baldum. Habent & ſcholæ nonnullæ literariæ, vt hæc noſtra, ius relegandi & excludendi; & excluſio infamat, relegatio hæc dicitur carere infamia; vide in legibus Academiæ, in loco *de moribus, verſu 2.*

Nunc de pœna non capitali, pecuniaria, cum infamia. Pecuniaria pœna dicitur mulcta, & Saxo facit differentiam inter Buß vnnd Wette / vide iure Saxon. *lib. 3. artic.53.* & Chilian König *cap.138.* Infamia eſt exiſtimationis & bonæ famæ læſio, quod ſanè ob turpitudinem aliquam, & ob flagitium fit; vide *l.1. D. de variis & extraord. cogn. item l. iſti 8. D. de eo quod metus cauſa.*

Hinc dicunt hominem famoſum, notatum, non integræ frontis. Atqui pulchrè iuxta & grauiter faciunt noſtri infamiam hanc duplicem, Iuris & facti.

Iuris infamiam vocant, cum lex ipſa certò deteſtatur & notat ipſum factum ſeu delictum, vt ſi quis lenocinium fecerit, ſi duas vxores habuerit. Vel etiam cauſa, non lex ſcripta, ita notat quem ſententia iudicis, vt quod quis turpiter feciſſe iudicatus ſit, veluti doloſè adminiſtraſſe tutelam. Atqui hanc infamiam iuris dicunt, quod lex &

ius irroget infamiã, vel ipso iure, vel per sententiam à Iudice. Ita eruditè Duarenus *lib. disputat. 1. cap. 42.* & vide *D. & C. de his qui not. infam.*

Infamiam facti dicunt, cum ius vel lex ita non notat vel infamat, sed tamen ipsa rei indignitas non est sine ignominia apud graues sanè & cordatos viros. Exempla licet adducere *ex l ea quæ 13. Cod. de his, qui notat. infam. cum similib. vt ex l. 17. 19. Cod. ibidem, item l. 20. D. illo tit. & l. honori 2. D. de obseq. præstandis Contra parentem,* inquit Iurisconsultus, *filius de dolo aut iniuriarum agere non debet, etsi illi per Procuratorem iudicium accipiant. Licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa & opinione hominum non effugiunt infamiæ notam.* Et hoc Imperator Alexander de bonis & grauibus viris accipit. *dict. l. ea quæ.* Hoc itaque benè notetur, vt vel sic à leuioribus etiam delictis discamus abstinere. Veteres vsi sunt etiam Censoribus, aduersus turpiores mores. Agellius *lib. 7. cap. 22.* Valerius Maximus *lib. 2. cap. 4.* Postea etiam ad eiusmodi officium fuit vsus Heroldorum; vide Zasium *ad l. 2. §. post deinde. D. de origin. iur.* & Cornelium illum Agrippam *in lib. 1. de vanitate scientiarum, c. de arte Heroldica.*

Sed nunc etiam de effectu infamiæ; & dicam cumulatè. Equidem proditum est, infames postulare non posse, Assessores esse, Iudices itidem esse non posse; olim etiam Procuratores esse non poterant Sic & à testimonio dicendo arcentur, item ab accusatione, & est itaque ob hoc recusatio & refutatio Iudicis, testis, &c. Vide de his ordine *l. 1. de postulando. l. 2. D. de officio Assess. l. 12. D. de iudiciis. l. 1. D. de vi priuata. l. 2. D. de Senat. l. 1. Cod. de his, qui not. infam. l. qui accusare. D. de accusationib. l. 2. & 3. D. de testib. cap. testimonium. extra, de testib.* Illud etiam obseruandum, infamem militare non posse. *l. 3. Cod. de re militari, lib. 12.* & vide Theophilum *in titul. de except. §. final.* Sed & ab hereditate nonnunquam excluduntur infames. *l. fratres. Cod. de inofficioso testamento,* & de eo dixi *ad titul. de exheredat.*

Præterea infames ex delictis grauius puniuntur, quàm integræ famæ homines, *l. 28. §. fin. D. de pœn.* Denique sic scribit Constantinus *in l. 2. Cod. de indign. lib. 12. Neque famosis, neque notatis, & quos scelus vitæ aut turpitudo inquinat, & quos infamia ab honestorum cætu segregat, dignitatum portæ patebunt.*

Et Paulus Manutius *in libro de legib.* Item Gruchius *in lib. de Comitiis,* ex Cicerone notârunt, famoso iudicio damnatos omni honore ac dignitate in perpetuum exclusos, vt neque Magistratum vllum capere, neque in Senatum peruenire vnquam possint. Et, vt tandem concludam, Canonum regula sic habet: *Infamibus portæ dignitatum non patebunt. c. infamib. de regul. iur. in 6.*

Hic itaque nota, quantum intersit inter parùm literatum & malè moratum, vtcunque sit literatus. Nemo, quod imperitior literarum & indoctior, ob hoc à dignitatibus & officio Iudicis arcetur, vide *l. certi iuris. Cod. de iudiciis.* sed si ob turpes mores notetur.

Et sic docet Plutarchus *in Catone Vticensi,* iniustitiæ magis quemque pudere debere, quàm fortè alicuius imperitiæ & inscitiæ.

Et Paulus sanè Apostolus videtur in functione & vocatione hominis scientiam eius rei mediocrem, virtutes autem certas desiderare, *1. ad Timotheum cap. 3. & ad Titum, cap. 1.*

Porrò, an ista, de quibus diximus, legum fulmina ad vtramque infamiam ex æquo pertineant, quæri potest? Et videtur. Sed tamen, si hoc dabimus, nescio, quæ grauissima impedimenta occurrant. Illud magis puto, infames quoscunque, etiam facti infamia

famia, à dignitatibus & honoribus arcendos *ex d. l. 2. Cod. de dign.* Item ab hereditate posse repelli, *vt in d. l. fratres.* Sed & talis hominis testimonium vacillat, secundum *l. 3 & l. 13. D. de testib.* Et notat glossa in Iure Saxonico, daß dreyer fürnemmer vnd ehrbahrer Männer Zeugnuß besser sey/ dann hundert vnehrlicher.

Atque, cum tanta sit atrocitas huius rei, tamq; dura infamiæ causa, videndum sanè erit, ne facile & leui ex causa homines infamentur. Et huc pertinent illæ legum promissiones, de quibus supra, *tit. huius lib.* 49. & omninò non facilè infamantur, nisi condemnati sententia iudicis, *vt in d. tit. D. de his, qui not. infam. l. 1. & deinceps, & in l. infam. 7. D. nostro tit.* Sed an sententia & pronunciatio iudicis sine causa infamet, disputatum est etiam hoc diu, vt licet videre in gloss. *l. non poterit 65. D. de furt.* Et, quid si Iudex iniustè vel imperitè iudicet? Quid, vt ponam exemplum à præsenti miserrimi sæculi statu, si in ista distractione Religionum vir bonus & pius, & alioquin rectè sentiens, à quibusdam iniquis & imperitioribus ordine moueatur, & exilio mulctetur? Anne iniquitas aut imperitia iudicis nocere debet innocentibus? Et quod quæritur nunc de duriori sententia Iudicis infamante, quæri eadem ratione poterit de aliis sententiis durioribus, an & quando nocere debeant? Ecce Dauid innocēs & innoxius à Saule fuit accusatus & declaratus perduellis, anne vt proscriptus & bannitus, qui verè est infamis, tractari impunè potuerit? Verum est, Iudicis & rerum iudicatarum magnā oportere esse auctoritatem, sed non ideò etiam oportet opprimi innocentes. Sed video, si de his exactiùs deberem dicere, paulò fortè prolixiùs etiam me progressurum, quod mea nunc non requirit professio, & tempus itidem non patitur, vt his declarandis diutius inhæream, vt nec in eo, an infamia semel impressa sit perpetua, vt perpetuò nocere debeat. Progrediar igitur nunc potius ad alia. Et quando vidimus de capitalibus & non capitalibus iudiciis, quæ & quanta sit diuersitas pœnarum, indicandum nunc etiam est de causis ipsis, nempè, cur præcipuè alia delicta aliis, vel etiam grauioribus vel leuioribus pœnis sint afficienda. De quo est commonefactio *in Deuteronom. capite vigesimoquinto,* & alibi apud Ciceronem *in libro de legibus*, apud Horatium *lib. primo Sermonum.* Sed videamus ea, quæ sunt Iurisconsultorum, qui *in l. respiciendum 11. D. de pœnis.* sic dicunt: *Respiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut leuius æstimetur, quàm causa deposcit.* Et deinceps ostendunt, hanc differentiam sumendam esse primò ex re ipsa & facto delinquentium. Quæ differentia spontè nota est, & adiuuatur circumstantiis. *l. aut facta 16. D. de pœnis: Aut facta,* inquit Iurisconsultus, *puniuntur, vt furta, cædesque; aut dicta, vt conuicia; aut scripta, vt falsi & famosi libelli; aut consilia, vt coniurationes.*

Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, & euentu. Sic itaque imprimis delicta differunt, & proinde etiam eorum pœnæ, vt sanè grauius est occidere, quàm vulnerare; grauius in parentes quam in extraneos delinquere, & aliud præceptum alio sublimius est.

Deinde depromenda est ea ipsa distinctio etiam ex facientis animo atque ingenio, quomodo dicit Iurisconsultus: *Voluntas & propositum distinguunt maleficia.* Et iterum: *Non tàm factum quæritur, quàm causa faciendi. l. verum est 40. & l. respiciendi 55. de furt.*

Et Marcianus *in dicta l. respiciendum. §. delinquunt,* inquit: *Delinquunt homines aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinquunt latrones, qui factionem habent. Impetu autem, cum vel per ebrietatem,*

vel iram ad ferrum peruenitur. Casu, cum in venando telum in feram missum hominem interficit. Vide Ciceronem *lib 2. de Iuuent. in initio de statu coniecturali.* In summa, spectandum volunt id, quod factum dicitur, vtrum dolo aliquo factum sit, vel culpa, vel casu. Et sunt in his etiam gradus, ad quos respicere oportebit. Vulgò, vt scitis, dicitur, culpa lata, leuis & leuissima; vide *in l absentem 5. §. fin. D. de pœn. item in l. sed etsi 5. l illud 32. l. in lege 44. D. ad l. Aquil. l. D. Marcus 14. D. de offic. præsid.* Et hoc ipsum, dum dicimus, intelligimus, voluntarium & inuoluntarium; vide *l. 1. D. de legibus.* & omninò Aristotelem *lib. Ethic. 3. item lib 5. cap. 8.* & Philipp. Melancht. *in Ethic. lib. 2. cap. de gradibus delictorum, cum cap. sequenti, de voluntariis & non voluntariis delictis.* Ea enim tantùm, quæ sunt voluntaria, pœna digna sunt, & non, quæ sunt inuoluntaria *15. quæst. 1. in princip.* vbi Angel. *in lib. 1. retract.* Voluntarium intelligo mixtum, mediumve, vt vocat Aristoteles. Et sic huc pertinent quæ peccantur inconsiderantia, socordia, desidia, segnitie, inertia, ineptia, item per iram, per ebrietatem, inscitia, imperitia. *l. tutor 3. §. fin. D. de susp. tut. cum sim. & l. si adulteriũ 38. §. Imperator. D. ad l. Iuliam de adult. d. l. respiciendum. §. delinquunt. item tit. ad leg. Aquil. & leg. Imperitia 132. D. de regul. iur.* Et hæc est miseries nostra, siue ex miseriis nostris post lapsum, vt etiam non omninò volentes trahamur in culpam. Iubet itaque *ad Ephes. 5.* Paulus Apostolus, vt accuratè ambulemus. Porrò quod dixi de imperitia & inscitia, intellige de imperitia eius rei, quam quis iuxta vocationem & professionem suam scire debet: alioquin rursus obesse deberet, quod qs nõ sit omniscius. Imo quod omniscii, id est, qui iactitant se omnia scire, plerunq; perniciosè labuntur; vide *l. illicitas. §. secur. medic. D. de offic. præsid. l. idem iuris 8. D. eod. l. Aquil. l. si quis donum 9. §. census D. locati, cum similib.* Et hæc de voluntario. Inuoluntarium itaque nunc dicimus, quod est omninò inuoluntarium, & quod fit sine mente, sine intellectu. Itaque infantium, furiosorum, etsi quid commiserunt contra leges, nulla pœna est, & hoc est, quod quidam notauit, eos esse sine lege, *d l. 5. D. ad l Aquil.* & Hopperus *ad tit quib mod. test. inf. §. fin.* Idem dic de iis, quæ fiunt casu fortuito, quæ & ipsa inuoluntaria omninò sunt, *d. l. 5. ad leg. Aquil.* Sed quid de iis, quæ fiunt per vim, metumve, id est, cum quis vi cogitur? Sanè distinguendum est inter coactionem; vide *cap. 6. de spons. extra, & c sacris 5. extra de iis, quæ metus causa fiunt.* Simplex & pura coactio ad inuoluntarium pertinet, & ideo pœnam non habet. De hoc habes exemplum in Macchabæis *lib. 2. c. 6. item in l. fœdissimam 20. C. de adult. & l. vim passam 39. D. ibid.* & vide *in c 32. quæst. 5.* Porrò nullo metu debet quis peccatum operari, *cap sacris. extra, de iis, quæ metus causa fiunt.* Huc pertinent, quæ scribuntur *in l. ad ea 157. D. de reg. iur.* & vide hîc quoque *l. siue argumentum. l si seruus. 2. C. de sepul. viol.* Hæc igitur sunt, quæ considerare Iudex diligẽter debet, vt sic durius aut remissius nihil constituat, sed noxæ pœnam attemperet, vt Cicero *lib 3. de legib. & legib. supra adductis.* Sciat tamen etiam, pœnas nõnunquam posse exacerbari, vel ꝙ exemplo opus est pluribus grassantibus, vt sic pœna vnius sit metus multorum, vel quod idem facinus sæpius ab eo cõmissum est, vt non videatur superesse spes emẽdationis; vide *d. l. aut facta. § pen & vlt. D. de pœn. d. l. capitaliũ. §. solet D eo. de pœn. l. D. Adrianus, ad fin D. de custodia reorum. l. 1. C. ad l Iul. repetund.* Atque commonefaciunt me ista, vt obiter etiam attingam causas harum pœnarum, nempè, cur oporteat atrocia hæc delicta atrocibus puniri pœnis. Et imprimis, inquit IC. Reipubl. interest, ne crimina maneant impunita. *l ita vulneratus 51. §. fin. D. ad l. Aquil. cum concordant.* Interest, ne Deus iratus vniuersam deleat ciuitatem; vide Num. *25. & 35.* Deuteronom. *13. item 19. cum similib.* Interest, vt fiat hominum emendatio, & sanè vt post pœnam fieri discãt meliores,

meliores, *l. si pœna 20. D. de pœnis.* vide *in Nouell. 17. de mand. princ. c. 6.* Intereſt etiam, vt tollantur è medio, qui ſuo ſcelere lædunt ſiue violant communem ſocietatem & publicam tranquillitatem. *Bonorum ſalutem cuſtodit*, inquit Lactantius, *qui malos punit*; vide *l. conuenit 13. D. de offic. præſid.* Intereſt, vt metu pœnæ vitentur ab aliis ſcelera *l. ſi quis fortè 6 §. penult. D. de pœn.* vide etiam *in d. l. capitalium. §. famoſos. D. de pœnis.* Denique intereſt, quod vult Deus, & publicè vtile eſt, concipi diſcrimen inter benefacta & malefacta; & Iuſtitię ratio deſiderat, vt bonis benè, malis malè fiat. *l. 1. D. de iuſt. & iur. & ad Rom. 13.* & vide omninò de cauſis pœnarum etiam A-gel. *lib. 6. cap. 14.* Et huc pertinet verſus Virgilii.

Diſcite Iuſtitiam moniti nec temnere Diuos.

§. 4. Publica autem iudicia hæc ſunt, &c.

Deinceps poſt diuiſionem in Capitalia & non capitalia, ſubiicit ipſas ſpecies publicorum Iudiciorum, ſiue criminum. Dixi autem antea, onera ex vitiis facilè deinceps tranſire in crimina, & vitiorum ordinem & deſcriptionem, ex quibus tandem in atrocia iſta delicta, de quibus hic ordine diſputatur, fit tranſitus, ex Decalogo peti poſſe, adeoque ad Decalogi methodum potuiſſe hanc explicationem inſtitui. Verùm id nunc non vacat, faciemus id, Deo volente, aliàs. Sed ad rem. Et imprimis publica hæc Iudicia denominantur ferè à ſuis auctoribus, nempè qui de iis in Magiſtratu, in Dictatura, Conſulatu, Tribunatu, denique in ſummo imperio & Monarchia leges conſtituerunt.

Et nunc in principio proponit legem Iuliam Maieſtatis, quod crimen, præſertim eius ſpecies perduellio, omnium omninò atrociſſimum eſt, & pertinet ad ſeruandæ tabulæ Decalogi præceptum primum. Atqui notandum tamen, quod Fridericus II. Imperator ſcribit in Extrauagante, vt vocant, ad vſus Feudorum & de ſtatutis & conſuetudinibus contra libertatem Eccleſiæ editis: *Longè* inquit *grauius eſt æternam, quàm temporalem offendere Maieſtatem.* De quo, vt aliqua ſaltem indicem, aſpice quæſo eos, qui placere ſtudent Principibus, quàm obſeruent curiosè, vt omninò nulla in parte offendant, & in omnibus ſeſe applicent iis ſolùm, quomodocunque id aliis accidat? Quantò itaque ille, qui ſcit, ſe Deo Opt. Max. Regi omnium Regum per & propter filium placere, cauebit ſolicitè, ne illum offendat, ſed vt illi per omnia placeat, accidat quicquid velit & poſſit? Et ſi Maieſtatem illius hominis, cui placemus & militamus, conſeruare ſtudemus, quantò magis diuinam Maieſtatem? Eſt itaque Maieſtas diuina & humana. Et illam inter cæteros offendunt hęretici. Dixit olim Tyberius: *Deorum iniurias Diis curæ eſſe.* Et diſputatũ frequenter eſt, anne hæretici à Magiſtratu Ciuili puniendi veniant? Quid ni? Et placuit, vt ſemper putaui, hæreſeos hoc crimen inter publica iudicia referri. Saltem longè maxima prudentia & ſpiritu diſcretionis opus eſt, præſertim in hoc omnium exulceratiſſimo ſeculo, quo tot ſunt diſtractiones animorũ, tot praua iudicia, falſæ & iniquæ ſuſpiciones, tantus ardor ambitionis, & φιλονεικίας & cõtentionum, φιλαυτίας & contemptus aliorum. Et vere mihi videtur dixiſſe ille: Sine charitate nunquam componi nunc cauſas religionum, Galat. 5. Denn es wirdt noch einer den andern auffreſſen / &c. Magna igitur inquam prudentia & diſcretione opus eſt in diſcernenda hęreſi, quæ ad Magiſtratum & gladium pertinet. Et Iuſtinianus Imperator ſuo tempore obſeruauit apud Inquiſitores hęreticorum ambitioſa ſatis conſilia. Et noluit itaque prouincias Inquiſitoribus his turbari. *Nouell. 17. cap. 16.* Scimus etiam, in hoc mundo & apud prudentes ſaltem huius ſeculi verè pios ſemper iudicatos & habitos eſſe pro hominibus parùm vtilib. Reipub. & ferè ſenſus communis

expertibus, cum & verbis dicant & factis testentur, se quæ sunt huiusmodi facilè contemnere, & se cedere cupiditatibus vindictæ, cum tamen intelligant communes vindicationes. Et ita etiam videbatur Iulianus Apostata infamare Euangelium; vide Epistolam Plinii ad Traianum. Aut sanè etiam, si vehementiori quodam Dei zelo contradicant huic mundo, pro seditiosis & rebellibus iudicantur, vt accidit etiam ipsi Christo & aliis eius Discipulis & Apostolis. Iterum igitur dico prudens esse debet, qui de controuersia illa capitali ob causam religionis in foro iudicabit. Sed non possumus nunc de causa hæreseos & publico hoc crimine & iudicio tractare, faciemus, si Deus volet, aliàs.

Veniamus ad crimen hoc nostrum læsæ Maiestatis. Et vt rem à principio inchoemus, dicendum est de mandato Dei, quo præcipit obedire Magistratui. Primum præceptum tabulæ secundæ sic habet: *Honora patrem & matrem, vt sis longæuus super terram.* Exodi 20. *cum sim. lib.* Quod & ad magistratum, ad seniores, & alios etiam, qui sunt loco parentum, vt præceptores, &c. pertinere facilè ostendi potest. Et apud Xenophontem *lib. 8. de pædia Cyri* extat, bonum Principem nihil differre à bono patre. Et nunc itaque huius præcepti Decalogi explicatio extat passim in Prouerbiis & Syracide, & præcipuè *Prouerb. 30. Ecclesiastic. 3. & 7.* & in Prophetis, *Ezechiel 21. Malachia 1.* item in Euangelistis, *Marci 7.* & passim in Epistolis Catholicis *1. ad Timoth. 5. vers. 4. & vide etiam vers. 1.* Et de senioribus etiam *Leuit. 19.* Item quo ad Magistratum *ad Rom. 13. ad Titum 3. 1. Petri 2. Quæ sunt,* inquit, *potestates, à Deo sunt.* Et Exodi 32. *Principi populi tui non maledices.* Item Iosue 1: *Qui contradixerit ori tuo,* id est, Principis *& non obedierit cunctis sermonibus, quos præceperis, moriatur.* Atqui sufficiat mihi superiora loca indicare, ex quibus in summa ostenditur, deberi his personis obedientiam, reuerentiam, & eam, quam vocant Philosophi, obseruantiã, quæ in se etiã habet dilectionẽ & ἐπιείκειαν, sufferentem & condonantem errata. Cicero: *Obseruantia est, per quam ætate, aut sapientia, aut honore, aut aliqua dignitate antecedentes reueremur & colimus;* Et Deus d. loco Malachiæ 1. *Si pater sum,* inquit, *vbi est honor mei? Si dominus, vbi timor mei.* Et hæc durioribus etiam & grauibus & non facientibus officium debentur, argum. *c. 2. 1 Petri*, donec tamen nõ velint nec imperent, quæ sunt contra voluntatem Dei, vbi non oportet malum dicere bonũ, & in quibus oportet Deo magis obedire quam hominibus, vt Petrus & Paulus in Actis. Vide *c. 2. vers. 19. c. 5. vers. 9. c. 23. vers. 3.* Atqui in illis quisque obsistere debet, sed tamen prouocatione & modo vocationis, & cogitandum, quod Paulus scribit d. loco ad Timoth. *Seniorem ne obiurges, sed adhortare vt patrem.* Et pulchrè allusit quidã ex Patribus, eos qui errata & vitia maiorum petulantius, insectantur, idem facere q̃ fecit Cham maledictus filius, qui patris ebrii & dormientis pudenda non texit, sed aperuit. Ergò priuatorum est ad ista communia errata cõniuere, eaq; condonare; & ea est illa ἐπιείκεια & æquitas, de qua supra. Eos verò qui in officio quodam publico sunt, etiã ibi oportet ipsis obsistere p̃ modo ipsius facti & suæ vocationis, & interim cogitare, si volũt imitari Prophetas & magnos illos præcones verbi Dei & veritatis, vt sint parati etiã expectare quemcunq; exitum & euentum, & ne prætextu obedientiæ illius & obseruãtiæ nimium istis tribuant & nimis assentatoriè sese subiiciant. Cogitabũt etiam de illo: *Maledictus, qui confidit in homine.* Ieremiæ 17. Item: *Bonum est confidere in Domino, quàm confidere in homine. Bonum est sperare in Domino, quàm sperare in Principibus.* Psal. 118. Sed vt in his omnibus, q̃ conuenit, ritè & fortiter præstemus, vere opus est, vt cum Augustino precemur: *Domine da, quod iubes, & iube, quod vis.* Ex his fontibus sunt hæc crimina, de quibus nunc dicturi sumus, quæ cõmittuntur

tuntur in Magistratum. Et imprimis est crimen læsæ Maiestatis. Maiestas dicta est amplitudo & dignitas ciuitatis, nempè, Romanæ, vt Cicero 2. *de Orat.* Et quidem Maiestas verè dicebatur in populo Romano. Atqui quia eius potestas in Principem trāslata est, Principis propriè dicitur maiestas. Cœpit tamen Maiestas esse & in aliis summis magistratibus, etsi, vt iam dixi, Principi magis propriè conueniat. Vide *l. 1. D. ad l. Iul. Maiestatis. l. pen. D. de iust. & iur. cum similib.* Hinc igitur efficitur, læsæ Maiestatis hoc crimen esse, cum aduersus maiestatem, id est, ciuitatem & populum Romanum, Principemuè aliquid commissum erit. Et sunt de Maiestate læsa aliæ atque aliæ latæ leges. Vide *l. 3. D. d. tit. ad l. Iul. Maiest.* Sed lex hæc Iulia, quę dicitur lata à Iulio Cæsare, nobilissima fuit. Continet autem multa capita. Et in summa Maiestatem hanc læsisse, & Maiestatis læsæ teneri videtur quis, si aliquid in Remp. commisisset, siue quoties Respubl. læderetur, aut vniuersus Reipub status à quoquam labefactaretur; puta, si quis regnum affectasset, vel si hostili animo in ipsum Principem armatus esse deprehenderetur. Sed & si pars quædam Reipubl. læderetur, vt si quis Duces hostium accepta pecunia liberasset, si priuatus domi suæ hostem tenuisset, si magistratui pro sua potestate quicquam agenti officere deprehensus esset, si quis ciuis Romani libertatem violasset, veluti si eum securi percussisse, si in crucem sustulisse diceretur. His & similib. casibus criminis læsæ Maiestatis reus fiebat, de quo vide pluribus *d. tit. ad l. Iul. Maiestatis*, & Cicero 3. *Verrina.* Attamen hæc quidem in genere & in vniuersum ad hoc crimē lęsę Maiestatis pertinere dicuntur. Sed est etiam, quod in specie dictum est crimen perduellionis, quasi dicas hostilitatis. Perduelles enim veteres dixerunt hostes. *l. quos nos. D. de verborum significationib.* Et hoc propriè est, cum ipsa Respublica & caput Reipubl. ferè hostili animo impeditur, **so wider das** **Reich gemißhandelt wirdt.** Vide *l. fin. D. ad l. Iul Maiest.* item *tit. quomodo procedatur in crimine læsæ Maiestatis. in vsib feud.* Et est pulcher textus in Iure Saxonico *libr. 2. articul. 1.*

Nunc de pœna. Et quidem pœna huius criminis scribitur fuisse interdictio aquæ & ignis. Humiliores verò capite puniebantur. Sic Paulus *in sententiis lib 5. tit. 21.* Sed ex posteriori specie produellionis populus ipse in campo Martio conuocatus cognoscebat, eratque pœna crucis, nempè, vt Carnifex in vrbem euocatus in crucem ibi fixum damnatum tolleret. Testis est Cicer. *pro Caio Rabirio.*

Hodiè ob hoc crimen pœna gladii est ex constitutione Arcadii & Honorii. *in l. quisquis. Cod. ad l. Iul. Maiestat.* Vsitata tamen magis etiam est dissectio in quatuor partes. Notat Damhouderius *in praxi criminali. in hoc crimine.* Sed sunt & alii prædurí effectus, & habet hoc crimen propter atrocitatem quædam singularia, præsertim ex dict. Constitut. Arcadii & Honorii, *in l. quisquis* & reperitur idem ferè in aurea Bulla *c. 23.*

Primò; accusare hic vnusquisque potest & debet. *l. famosi. cum l. sequenti. D. ad l. Iul. Maiest. l. pen. C. qui accus. non possunt.* Secundò; in hoc crimine (vt tamen & in aliis atrocibus delictis, & quæ facilè nocent exemplo) conatus etiam punitur. *d. l. quisquis.* Sed hoc intellige de conatu, qui ad aliquem actum prodierit, ita, vt voluntas manifesta fiat, & iam tum per eum non steterit, quò minus perficeret; alioquin cogitationis pœnam nemo meretur. *l. cogitationis. D. de pœnis.* Tertiò; conscii etiam huius sceleris tenentur, vt puniri possint vltimo supplicio, ideoque dixi accusare oportere. *dict. leg. quisquis.* Et pulchrè Cicero *in Officiis.* Et hic dicitur turpiter aberrasse Bartol. vt multi etiam innocentes damnati sint. Notauit Baldus. Tu igitur potius dic, conscios intelligi non præcisè & frigidè

frigidè, sed qui verè conscii sunt, vt probari etiam possit, & videatur aliqua esse participatio. Vide *l. nostris C. de calumniatorib.* item Clementinam *de hæreticis cap.* 2. & glos. *in l. vtrum. D. de parricidiis.* Quartò; torqueri etiam hi possunt, qui aliàs non solent. *l. 4. & l. pen. C. ad l. Iul. maiestatis.* Quintò; sine distinctione, ex quo hoc crimen quis contraxit, statim prohibetur quicquam alienare. *l. ex iudiciorum. D. de accusat. l. vlt. C. d. tit. ad l. Iul. maiest.* Sextò; non modò corpora eorum, qui damnati sunt, ex hoc crimine sepulturæ mādari non solent. *l. 1. §. 1. D. de cadauerib. punitorum.* sed & mortuo reo hoc iudicium institui & peragi potest. *d. l. ex iudiciorum. l. pen. & vltim. C. eod.* Septimò & vltimò, accusato reo etiam post mortem bona heredibus, licet innocentibus, auferuntur, notantur & ipsi infamia, excluduntur perpetuò ab omni tam cognatorum quàm extraneorum hereditate, excepto saltem eo, quod filiabus Falcidia in bonis maternis conceditur. *d. l. quisquis.* Et in summa hoc scribitur de liberis, Imperatoria lenitate vitam iis concedi, sed, vt sit tamen mors solatiū, & vita iis supplicium. Hæc valdè dura sunt, sed magna etiā atrocitas criminis est in eos, quos Deus honorari vult, quos suo loco vicarios esse vult, quos Deos vocat. Et ipse Deus testis est, in omnibus historiis diuinis & humanis, seuerè se punire quamcunque rebellionem & seditionem in potestates & magistratus.

Sed tamen hortandi sunt etiam Principes, ne abutātur sua potestate, ne velint facilè tam seueri esse suæ maiestatis vindices, præsertim ob leuiores fortè iniurias. Sanè quod lex tam durè in hos delinquentes statuerit, idcò fortè fit, vt charitas liberorum amiciores parentes Reipublicæ redderet, vt scribit Cicero *ad Brutum, Epist. 12.* Itaque ad terrendum ista benè dicuntur. Sed, vt aiunt, se pro Imperatoria lenitate vitam concedere, ita rectè faciunt pro eadem lenitate condonantes innoxis liberis etiam cæteras immaniores pœnas. Nam & inhumanum videtur, liberos pro parentibus plecti. *4. Regum 14.* Olim quoque, cum semper inuidiosum fuerit visum hoc iudicium, quod plerunque Principes paulò acerbiùs ob leuissimas etiam causas de sua maiestate ius dixerunt, ipsos aliquando Monarchas huius iudicii puduit. De qua re vide hic plures historias & exempla apud Balduinum; & eundem in suo Constantino; & adhortationes Senecæ ad Principē Neronem; & quomodo sancti Episcopi iræ & furori Principum aliquando obstiterunt, vt Theodosio Chrysostomus. Et vide, quod scribitur *in c. cum apud 11. q. 3.* Sanè idem etiā Arcadius & Honorius cum Theodosio notabiliter edixerūt, ne ex maledicto, sed ex facto, atrox hoc crimen contrahatur, de quo vide *tit. C. si quis Imperatori maledixerit,* vbi scribitur: *Si id ex leuitate processerit, contemnendum est; sin ex insania, miseratione dignissimum est; si ab iniuria, remittendū.* vbi malè Accursius subiicit: *ad nos.* Quicquid sit, discamus præstare honorem & obedientiam personis præpositis & magistratui, & cogitemus quod inquit Salomon: *Rugitus Leonis ira Regis; qui eum prouocat, peccat in anima sua.* Et quando crescit is contemptus superiorum & magistratuum, necessum est perire omnes bonas leges, omnemque honestam disciplinam. Ideò fortè tot sunt etiam in Imperio nouæ Constitutiones contra rebellionem & seditionem, als in mancherley Reichs Abschied.

Porrò crimen seditionis & rebellionis l. Maiestatis contineri docebit lex 7. *D. ad l. Iul. maiest.* Ex quo pœna est gladii; humiliores comburuntur. Vide *d. l* Paulum *in sententiis.* Vbi Cuiacius, & vide de hoc etiam Ioan. Fabrum *in proœmio Inst. in verb. Imperatoriam maiestatem, &c. item in vsib. feudorum. tit. qui sint rebelles. in textu & gl. & rursus in aurea bulla cap. 15.* De seditiosis etiam aduersus magistratum in oppidis singularis est titulus. *C. de sedit iosis.* & in Pandect. locus singularis *in l. si quis aliquid § auctores D. de pœn.*

Auctores

Auctores, inquit, *seditionis & tumultus pro qualitate dignitatis aut in furca tolluntur, aut bestiis obiiciuntur, aut in Insulam deportantur*, vide in Iure Saxon. *lib. 2. art. 69.*

Atqui vsitatum iam est, vt seditiosi decollentur. Vide const. pœnalem Caroli V. *art. 127.* Iam amplius pertinent huc etiam qui dicuntur vulgò Landzwinger/die mutwillig vnd böszlich auszdretten/die Leut bedrauwen/ item böszlich oder feindlich absagen / quos idem Carolus iubet decapitari, da sie deß nicht Erlaubnusz haben. Vide in d. Constit. Caroli V. *artic 128. cum sequenti.* Item von der Pœn gewaltsamer That eygenes Gewalts mit gewapneter Handt. Vide Constitut. Friderici de pace tenenda inter subditos, *de vsibus feud.* Item Chilian. König *in praxi.* Vide etiam in iure Saxon. *artic. 36.* vbi est pœna decollationis, & ibi glossam, & vide *lib. 2. artic. 13.* de eo quoque, qui fugerit & potestati seu Principi suo eiusque subditis minatur, vide im Römischen Reichs Landfrieden zu Wormbs auffgericht/ ibi. nach dē sich manigfältig begibt. In proditores vsitata est pœna sectionis in quatuor partes. Vide in istum locum *l. capitaliū 28. § igni cremātur. D. de pœnis.* Non omnis tamen exploratio & proditio in vitio & verè flagitiosa est, & Hieronymus *super Ezechielem cap. 27.* dicit, Explorationem esse remedium, qua nimirum & benè & malè vti licet. Sed de his nunc diligentiùs dicere non possumus.

§. 5. Item lex Iulia de adulteriis, &c.

Sequitur aliud publicum Iudicium, pertinens ad legem Decalogi secundæ tabulæ tertiam. Cuius legis sententiam vnà cum appēdicibus & sanctionibus politicis habes *1. ad Thessalonicenses 4. ad Ebræos 13. Leuitici 20. Deuteronomiorum 21. & alibi.* Sed leges Ethnicorum in hac re minus fuerunt puræ & integræ. Et primùm vsus meretricum ab iis non est sublatus. Deinde vulgò etiam cepit homines impurioris mentis inuadere persuasio, simplicem fornicationem non esse peccatum. Sed non possum nunc Græcorum & Romanorum leges omnes producere & repetere. Videamus igitur, quatenus hæc res in leg. Romanis sancita, & de adulteriis & stupris; & principio quidem videamus hanc ipsam legem Iuliam & eius quædam singularia; deinde quid sit adulterium, quid stuprum; tum de pœna certius; & postremò de coniunctis vitiis & criminibus. Primò itaque lex Iulia hæc de adulteriis & stupris lata est à diuo Augusto, vt in adulteros & stupratores pœna esset, eaque lege cautum fuit, vt si quis ad alterius vxorem accessisset, adulterii damnari posset vterque, & vxor, & is, qui ad eam accessit. At si maritus cum alia, quæ nupta non est, consuetudinem haberet, non adulterium ille, sed stuprum commisisse iudicaretur, ac si alioquin maritus nō esset. Deinde cū de accusatione quæritur, vel agitur, seruatum est discrimen inter maritum & vxorem. Namque pro iure suæ potestatis maritus vxorem adulteram accusare potuit, vxor maritum adulterum non potuit. *l. 1. Cod. eod.* Potuit etiam maritus vxorem adulteram deprehensam impunè occidere, mulieri in maritum id vicissim non licuit. Vide Agellium *lib. 10. cap. 27.* Et eò etiam videtur pertinere querela illius Syriæ mulieris apud Plautum in Mercatore. Sed & quinquennio huic accusationi præscribi potuit. *l. ita nobis 28. Cod. eod.*

Porrò quænam ex ea lege in adulteros pœna fuerit, non satis videtur constare. Mortis pœnam non fuisse manifestum est. Putant quidam fuisse pœnam deportationis. Cuiacius *ex l. si quis viduam. D. de quæstio.* colligit fuisse pœnā relegationis, quam pœnam Ouidius passus est. Et hoc de adulterio ex lege Iulia. Alia etiam quædam singularia postea indicabimus. Stupri damnatus, vt hic, si honestæ existimationis persona sit, dimidia parte bonorum mulctatur:

tur: Sin vilis & turpis verberatus relegatur, &, vt quidam annotauit, in quinquennium. Ergò nunc adulterium in nuptam fit, stuprum in cæteras virgines, viduas & pueros. Et putant adulterium dici, item adulterum & adulteram, quod ille ad alteram, hæc itidem ad alterum se conferat, ita Festus *lib 1.* vide etiam *l. 6. D eod.* Porrò aliàs tamen stupri vocabulum generalius videtur esse, quòd contineat etiam adulterium. Ita Laur. Valla. Itaque ferè saltem adulterium est, cum in nuptam peccatur. Nec interest, quis id faciat, maritus an solutus. Stuprum, & non adulterium, cum in non nuptam peccatur, nec rursus interest, quis faciat. Et hæc ratione non carent ciuili & naturali, quæ nunc latius non excutio. Vulgò dicitur & creditur, hæc discrimina inter vxoris & mariti stuprũ iure Pontificio esse sublata, *per c. nemo 32. q. 4. c. præcepit 32. quæst 5.* & ita obseruatur. Sed nec puto debuisse Pontificem hæc facere, nec fecisse, nec obseruari in foro ciuili, nisi quo ad accusationem. Et de hoc vide in constit. Carol. *art. 120.* Et à muliere interfectum maritum adulterum non puto auditum nec lectum. Dicitur etiã Mauritium Ducẽ constituisse, vt, etsi soluti accedant ad thorum alienum, vterq; adulterii reus fiat, eandemque pœnam sustineat. Non puto, quod ad ius nostrum attinet, opus fuisse hac constitutione, quæ iure ciuili eodem modo decisa reperitur. Iam videamus diligentiùs de pœna, & tum de aliis. Illud omninò certũ est, dignum esse hoc crimẽ pœna vltimi supplicii; & lege diuina vtriq; adultero & adulteræ pœna mortis adscribitur. *Leu. 20. Deut. 22.* Sed apparet tamen, magnã semper fuisse impunitatem adulteriorũ. Atqui, vt supra dixi, ex hac l. Iulia Augusti non fuit pœna vltimi suplicii, sed relegationis. At post à Constantino & Constante Constantii filiis pœna gladii & mortis in adulteros constituta est, ꝙ ad scriptum & adiectum est *ad l. quamuis 30. §. fin. C eod.* & benè obseruauit ibi Glossographus, id æqualiter ad vtramq; pertinere, eamq; pœnam Iustin. et hîc commemorat, etsi legi Iuliæ non verè adscribat. Sed huiusmodi tractatio hic illi familiaris est, nempè retinere principalem legem, eiq; adscribere posteriorem (scil. Constantini) Atqui rursus tamen alio iure nouo, manente quidẽ pœna gladii in adultero & viro, fœmina adultera potius virgis cæsa verberataq; detruditur in monasterium. *Nou 134. c 7.* In ditionibus tamen Saxoniæ constitutione quadam noua eiusdẽ Mauritii rursus eò peruentum est, vt mulier gladio puniatur, quemadm. & adulter. Illud hic addendum, etsi adulterium in nuptam tantum dicimus committi; verum tamẽ est, in sponsam alterius itidẽ committi, quasi ea iam vxor sit. *l si vxor 13. §. diui. D. eod. l. propter 7 C. eod.* & vide *in Deut. c. 22.* Sed tamen putant istum mitius puniendum, ꝙ nõdum propriè sit vxor. Et hoc ratio ipsa in adulteriis dictat. Præterea etiam iure, quo nunc vtimur, alia etiam quædam adhuc in isto loco aliter obseruari vidẽtur; nimirum potest maritus coniugẽ adulterã, vt & vxor maritum adulterum, in gratiam recipere & retinere, vt sic videatur cessare hoc publicũ iudicium. Vide *in d. Nou. 134. item in auth sed hodie, inde desumpta. C. eod* Olim lenocinii ste tenebatur. *l. 2. & 29. D. eod. cum similib. l. 2. C. eod.* Et hoc modo peccare maritum retinentẽ eam, quæ in stupro & adulterio viuere nõ desinit, verissimum est, & ex fontibus rerum magnisq; argum. demonstrari posset. Et hæc hactenus de pœna. Est etiã ex adulterio alia actio vel accusatio, sed tamẽ non criminalis, verum ad separationẽ, si ita vult læsus. *l. 8. C. de repudiis itẽ c. tunc. ex. de procur.* Sed de hoc nunc non agimus. Sic & priuatim olim etiã adulteria puniebantur more maiorũ, vnde deinceps etiam maritus ipse in deprehẽsam adulteram animaduertebat, de quo supra ex Agellio. Sed de hoc infra alio capite. Nunc duo alia in hoc iudicio singularia addenda sunt. I. Quod ex constitutionib. non quilibet statim in hoc crimine idoneus est accusator, sed ordo in hac accusatione obseruatur,

tur,&restringitur ibidē res ad personas, quibus hoc ipso iniuria facta est, puta, primum ad maritum, tunc ad patrē, ad agnatos & cognatos *l.30. Cod.eod.l.2.§.vlt cum seq. D.eod.* II. Quòd quamuis in capitalib.criminib. in quibus pœna est mors, liceat transigere sine metu confessionis, tamē hic cum accusatore transigere nō licet *l.transigere.C.de transact.* De causa & ratione vide alios; ego his nō inhęreo, & pergo ad alia crimina huc pertinētia. Et imprimis notetur, Constitut. Imperii πολυγαμίαν etiam ad exemplū adulterii punire. Carolus *in Const.pœnali.art. 121.* Visitat. enim πολυγαμίαν in marib. siue marito oportet esse leuius crimen q̄ adulterium, quod ex eodē fundamēto demonstrari potest, & vide *l.18.C.eod.* Et puto omninò mitius puniendum, quod & quidam obseruari dicunt. Deinceps Lenonibus eam pœnam etiam arbitrariam Lex Caroli pro modo facti indicit. *art. 123.* vide etiā *Nou.14. de lenonib.* vbi glos. meminit pœnæ mortis. In Pædicatores siue Sodomitas pœna gladii itidem constituta est. *l. cum vir nubit. C eod.* vide & *Nou. 77.* Et visitarū est, vt plerunq; cremantur igni. Notauit Chil. Kônig *in c. de pœnis* & de hoc habes *Exod.22. Leu.18. & 20.* Porrò *in l.1.D. de extraord.crimin.* scribitur: *Sollicitatores aliarum nuptiarum, & matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatē tamen perniciosa libidinis extra ordinē puniendos esse.* Prospexit & aliter Iustinianus Princeps maritis aduersus huiusmodi sollicitatores, ne liceat illudere maritis, & vxoris alterius pudicitiæ insidiari, *vt in Nou. 117. c. 37. & auth.si quis C.eod.* Illud etiam hic commemorādum, iniuriarū quoq; actionē legibus nostris dari aduersus eum, qui turpibus verbis & gestib. obscęnis vtitur apud honestas matronas & virgines *l. 15. D. de iniuriis.* Tandem quo ad stuprū, pœna supra recitata hodiè ferè non est in vsu, sed magis quorundam more iuxta legem Atticam oportet stupratā aut ducere aut dotare; quod nisi fiat, tunc afficietur pœnis, *vt supra.* Alibi non dotem dabit, sed certam aliquā pecuniæ summam, statutis expressam, nec cogitur ducere, nisi fidē dederit. Lege Mosaica ducere & dotare cogitur. Vide *Exod.22. Deut. 22.* aut sanè videtur mulctari scortator capite. Et hoc Moysis institutum alibi etiam obseruatur. Porrò si vis adhibita sit in stupro, rapiendo, raptus dicitur, & pœna est capitalis & vltimi supplicii. *C. de raptu virg. seu viduarū.* itē in Constit. Caroli V. *art. 119.* & in Iure Saxon. *lib. 2. art. 13. cum similib.* Eadem Constitutione Caroli pœna gladii in eos est etiā, qui blandis verbis illexerit virginem ad consentiendum raptui, inuitis parentibus; nec valere debet, si per hoc postea volunt eorum nuptias. At hic contra iure Pontificio, si prius eam sibi fore vxorem promiserit, vel etiam si post eam cōsentientem vxorem ducere voluerit, parcitur ei, & id sequimur, vide *c.vlt & pen. extra de raptorib.* Chilianus Goltstein notauit, hunc quoq; liberari posse dotando (ego dixi ducendo) nec id sanè malè, nec textus de hoc allegati quicquam probant.

§.6. Itē lex Cornelia de sicariis, &c.

Aliud iterum publicum iudiciū, pertinens ad præceptū diuini edicti secundę tabulę secūdum, quo vetat Deus, ne occidamus. Huius integra & vera explicatio extat *Leuit. 19. Matth.5.1.Ioan.3* & leguntur sanctiones eius forenses siue politicæ *Gen.9 Exodi 21. Leuit. 24. Num.35 Deut.19 & Iosua 20.* In quibus locis pœna gladii in homicidas est. Sed tamen distinguitur inter homicidium, quod fit dolo ac proposito vel iusto quodam impetu; & casu fortuito Et omninò tamē illi, qui sine dolo & proposito hominē occiderūt, in locū quendā refugii se recipere debebant. Sed hoc fonte cognito, ex quo sunt vtiles & honestæ leges aliarū gentium, dicemus nunc potissimū de legib. Romanis. Pręsens hic text. meminit legis Corneliæ de sicariis, quā dicitur tulisse Lucius Cornel. Sylla Dictator, & dicitur de sicariis à sica specie cultelli & armorū, de qua vide Quint. *lib 10. c.1.* Porrò quod ad pœnam attinet, de ea scribit Iul. Paulus *sentent* fuisse

aquæ & ignis interdictionem, cui successit deportatio. Martianus verò Iurisconsultus notat, suo tempore eos, qui altioris gradus dignitatem obtinebant, deportari consueuisse; cæteros capite puniri; infimos verò in crucē tolli aut bestiis obiici. *l. 3. §. fin. D. ad L. Corn. de sicar.* Iustinianus hic simpliciter adscribit pœnam capitis, id est, mortis. Et vsitata est hodiè pœna gladii. Vide *in Constitut. crim. Imperij. art. 137.* Ius Saxonicum habet pœnam rotæ. *lib. 2. artic. 13.* videtur tamen glossa *in artic. 38. eiusdem lib.* commemorare eandem pœnam gladii; & hoc ferè iure vtimur. Sanè famosos latrones, testatur Callistratus Iurisconsultus, furca figendos ibi, vbi deliquerunt. *l. capitalium §. famosos latrones. D. de pœnis.* Et hi vsitatè nunc rotis concussi & lacerati eleuantur, vide *d. Constitut. Carol. item d. artic. 33. Iuris Saxonici.* Latronibus proximi sunt grassatores, de quibus sic scribit Iurisconsultus: *Grassatores, qui id prædæ causa faciunt, proximi latronibus habentur; & si cum ferro aggredi & spoliare instituerunt, capite puniuntur, vtique si sæpius atque in itineribus hoc admiserunt. Cæteri in metallum damnantur vel in Insulam relegantur. d. l. capitalium. § grassatores.* Hactenus igitur de pœna in homicidas ex ea lege. Et omninò notandum est, quod scribunt D. Principes: *Homicida parricidaq; semper, quod fecit, expectet.* vide *l. 3. C. de episcopali audientia.* Distinguit autem ea lex nostra inter modum faciendi. Nam ea homicidia ita atrociter punit, quæ dolo & proposito fiunt; nec in ea lege lata culpa pro dolo est. *l. 1. l. in lege 7. D. illo tit. de sicar.* Quod si quis impetu occidat sine dolo ac proposito, veluti cum iam ad arma ventum est per iram, item per furorem ebrietatis, mitius fortè puniendus est. Sed videmus tamen gladio eos quoque puniri. & ita *in d. Constitut. Carol.* Sanè quod per ebrietatem hac in re fit, excusationem omninò iustam haud habet, & imprimis in hoc peccat, quod nimium potando se inebriat; quod rectè dixit ille apud Aristotelem. Quod tamen ad culpam attinet, de qua nunc agimus, magna est in hac re varietas, & alia plus minusuè voluntatis & cōsensus habet, quod diligenter attendendum est iudicanti. Ecce culpa dicuntur illi quoque occidere, qui, cum in campo iaculantur in exercitiis vsitatis, prætereuntem occidūt: si putator ex arbore deiecto ramo prætereuntem occidit. De quibus diximus diligentiùs *ad tit. de lege Aquilia.* atque ii ferè exilio quodam puniuntur. Iure Saxonum videntur mulctari pœna pecuniaria, vt soluant Wergeldum, vide *lib. 2. artic. 38.*

Sunt & alia homicidia legibus concessa & permissa, & rursus impunita. Primò fortuitum homicidium pœnam non habet. *l. 1. & l. 5. C. de sicariis.* Deinde & hoc omnibus leg. permissum est, aduersus vim se defendere. Itaque quod fit necessitate defensionis, licitum & impunitum est, & esse debet. *L. furem 9. D. eod. l. is qui aggressorem 2. cum l. seq. C. eod. l. 4. 5. 45. §. 3. l. 52. §. 2. D. ad l. Aquil. l. vt vim 3. D. de iust. & iur. l. 1. §. vim vi. l. 3. §. cum qui igitur D. de vi & vi armata. l. 1. C. vnde vi. item c. 2. & c. 18. extra. de homicidio.* & de his *ad tit. de lege Aquil.* vbi dixi, falsum esse, quod Accursius scribit, hanc defensionē permissam esse iure fori, sed nō iure poli. Dixi consequenter, non omnia huic legitimæ defensioni conuenire, quæ à Dd. nonnullis etiam periculosè satis disputantur, sed omninò diligenter distinguēdum esse, præsertim apud innocentem adhuc iuuētutem, vt discat suo tempore rectè respondere & ablegare fallacias, & benè etiā vti bonis legibus. Dixi itaque etiam, nonnulla ad alium locum & ad alium forum pertinere. De thesibus legitimæ defensionis diximus supra *tit. 3. de l. Aquil. §. Itaque qui latronem.* Cum ad hypothesin ventum est, Glossographi & Dd. aiunt & docent, eum, qui prior impetum fecit, qui prior percussit, rectè occidi, quasi in legitima defensione, vide gl. *in l. 1. C. vnde vi.* vtuntur aut sanè abutūtur. *l. 4. C. de sicar.* vbi inquit Imperator: *Si latrocinātem peremisti,*

dubium

dubium non est, eum, qui inferendæ cædis præcesserat, iure cæsum videri. Item argumento *l. 1. §. cum arietes. D. si quadrupes pauperiem.* vbi ait textus: *Cum arietes vel boues commisissent, & alter alterum occiderit, Quintus Mutius distinxit: vt, si quidem is periisset, qui aggressus erat, cessaret actio; si is, qui non prouocauerat, competeret actio.* Aiunt, si ei parcere, vel si cedere sine periculo etiam bonorum non potuit, eodem modo iure cæsum esse. Vtuntur vel abutuntur variis textibus *l. 4. D. ad l. Aquil.* Lex 12. tabul. inquit textus, furem noctu deprehensum occidere permittit, vt tamen idipsum cum clamore testificetur, *& c. 2. extra, de homicidio.* te tuaque liberando, inquit text. *item c. dilecto, de sententia excommunicationis, lib. 6.* Aiunt etiam de periculo famæ, nempè, si ei sine periculo famæ parcere non potuit, iure cæsum videri. Ad quod adducunt *l. 8. D. de eo, quod met. caus.* vbi IC. præclarè scribit: *Viris bonis metus existimationis & famæ, quàm mortis maior esse debet*, & vide ad istam legem etiam *c. non est nostrum 23. q. 5.* Sed quod ad exempla & hypothesin hic etiam peruenitur, verè abutuntur illo textu. Atque hæc sanè & eiusmodi non simpliciter ad legitimam & inculpatam tutelam pertinent, quam omni iure dicimus cōcessam, nisi quatenus id, quod tantummodò necessitate defensionis sui fit. Verumtamen primò ex his, de quibus iam dixi, casibus, lex in re dubia facilè præsumit, (nisi quod aliud obstet) legitimę defensionis causa cætera esse facta, argumento *d. l. 1. §. cum arietes. cum similib. supra adductis.* Deinde etiam, etsi non sit inculpata talis tutela, de qua agimus, quæ variat iure poli, tamen iure fori hic quoque aliquid conceditur iusto dolori, vt illius, qui metuit præsens periculum bonorum, illius, qui metuit qualemcunque nominis ignominiam. Sic itaq; Carolus V. *in Constitut. sæpius citata, artic. 140.* Da er nicht kan füglich ohne fährligkeit/oder verletzung seines Leibs/Lebens/Ehr vnnd guten Leumuds entweichen/ scilicet, iustè se defendens. Et vide eundem de fure nocturno deprehenso in domo, *art. 150.* Atque hæc eius sunt. Ego aliter interpretari non audeo, video tamen Dd. generalius accipere. Et variè admodum distinguunt à personis: Si rusticus aggrediatur militem; si infirmior robustum & fortem, qui periclitabitur de existimatione suæ fortitudinis; vide Iodocum Damhouderium *in praxi Criminali.* Sic sanè iustus est dolor illius, qui prior impetum passus est, qui prior percussus est, si in continenti amplius etiam quid fortè faciat, cùm non habeat omnes ictus in manibus, vt possit eos cum mensura dare. Argumento *cap. fin. de homicidio in 6.* & penes alterum culpa sit, vt eleganter *in l. si ex plagis. §. tabernarius. D. ad leg. Aquil.* Et huc itidem potest facere argumentum *l. si adulterium 38. §. Imperator. D. de adulter.* vbi de eo, qui vxorem in adulterio occidit: *Cum difficillimum*, inquit, *sit iustum dolorem temperare, & quia plus fecerit, quàm quod se vindicare non debuerit, puniendus est.* Et de simili excusatione ob iustum dolorem *in l. Gracchus. D. de adult.* Non tamē extat, quod ego scio, illa lex, quæ eum, qui vitæ ac dolori suo indulgens occidit, vel vulnerauit, pro defensore propriæ salutis omninò excuset. Et si huc trahitur *d. l. 4. C. de sicariis*, quo ad forum ciuile, dicam sanè, vim fieri legi. Verum est, culpam esse penes alterum, qui prior impetum fecit, eum occasionem damni præbuisse, sed eleganter alibi docui, dolum præponderare culpæ, nec culpam culpa fortè grauiori licere punire, & in pari causa fauorabiliorem esse eum, qui certat de vitando damno.

Porrò, ꝙ dixi de eo, qui priorem passus est impetum, ita ipsum alterius culpa subleuari, vt facilè præsumatur de legitima defensione, (nisi obstent aliæ validiores præsumptiones) vt omninò mitiùs puniendus sit, si in continenti alterum grauius percussit aut vulnerauit, &c. Idem & vsu legum nostrarum scholasticarum non conceditur de eo, qui prouocatus est, nec malè fortè. Di-

eam amplius, non puto, saluo eruditiorum iudicio & doctrina, extare vllas leges, quę in huiusmodi prouocatione idem concedant, quod in eo, qui impetum fecit. Non igitur iure licet vlla priuata auctoritate prouocare, aut cum prouocante impunè dimicare, etsi rursus & æquitas & legum quarundum indicationes & argumenta suadeant, in quibusdam, vt in pœnis prouocati, paulò mitiorem esse conditionem; vide *in cap. 1. extra, de cler. pugn. in duello. & ibi gloss. & addition. marginal.* Et sic nunc collatis iis, quæ ante *titul. de leg. Aquilia.* de legitima defensione diximus, facilè intelligitis, quousque se extendat vera defensio, quam dicimus omni Iure permissam, vt sic fiat impunè homicidium. Sanè allegans legitimam defensionem, nisi iuuetur validioribus præsumptionibus, de quo iam ante monui, debet probare. *l. 1. C. de sicariis.*

Porrò Iure tamen Saxonum cogitur etiam, qui ita occiderit, agnatis occisi Wergeldum soluere, vnd dem Richter die Wette/ *lib. 2. artic. 17* vt & is, qui casu occidit, *lib. 2. art. 38.* Atqui & lege itidem Mosaica oportebat istos in exilium profugere, fortè, quod voluit Deus sciri, quantoperè detestetur humani sanguinis effusionem, de quo *Genes. cap. 9.* Vel sanè voluit consulere innocenti hoc ipso profugio. Equidem eadem illa lege Mosaica, si cognatus illius, qui alterum iniuria occidisset, illum vicissim occiderat, id illi condonabatur propter iustissimum affectum erga cognatum. Sed tamen videtur hoc magis tributum duritiæ cordis, quàm quod verè excusaretur. Vide *Num. 35. cum concordantib.* Nos talem legem non habemus, nisi quod defensio cognati est permissa, de quo etiam in glossa *l. vt vim. D. de iustitia & iure.* Et vt nunc de defensione aliorum aliquid dicam, quemadmodum vim vi pellere licet, & defendendo vitam hominem latronem interimere; sic, si quis alterius defendendi causa, qui in periculo vitæ erit, & ipsius maximè auxilium implorauerit, in eam necessitatem venerit, vt, si se saluum esse velit, istum interimat, legitimè id fecisse iudicatur, saltem nihil agat extra defensionem, nec se plures ad vnum opprimendum coniungant. Et huc pertinet *cap. dilecti. de sententia excommun. lib. 6. vbi latius in gloss. in verb. vicino.* Et ex iis facilè etiam intelliges, quid responderi possit de mediatore, qui se armis interponit, si ab aliquo pugnantium interimatur; vide gloss. *in l. 2. Cod. de sicar.* Ergo ex prædictis concessum est legibus nostris patri occidere eum, si aliter propellere non potest, qui filię stuprum inferre vult, & eodem modo marito eum, qui vxori. *l. 1. §. final. D. de sicar.* & vide *Constit. Carol. art. 150* Et nunc itaque alia etiam causa iusti homicidii occurrit, ob iustum dolorem, quem maritus in stupro coniugis habet, & amore pudicitiæ, vt scribit Cassiodorus. Dixi supra, maritum adulteram deprehensam occidere potuisse. Apud veteres etiam adulterum deprehensum cuilibet licebat occidere, teste Plutarcho; sed Romulus marito tantùm & cognatis hoc ius occidendi tribuit; vide Agellium *lib. 10. cap. 23.* Nostræ leges marito & patri hoc ius tribuunt. Et pater quidem vtrumque occidere adulterum & adulteram in continenti potest & debet. Maritus autem adulterum impunè occidit, non ipsam adulteram, nec etiam adulterum quemlibet, sed hominē vilem & humilem. Nec nisi deprehensos occidunt. Deprehensos intellige domi suæ; pater in domo sua & generi; maritus tantùm in domo sua. Et rursus deprehensos intellige in ipso adulterio, in ipsis rebus venereis, quod Solon & Draco dicebant ἐν ἔργῳ. Quod si contra hæc fiat aliquid amplius, quàm est concessum & permissum; si maritus adulteram occidat, parcitur tamen iustissimo dolori, vt mitius puniatur, nempè, relegatione vel exilio; vide de his *in l. 20. 23. 24. 32. & 38. D. de adulter. l. 4. Cod. de adult. l. 1. D. de sicariis.* & iam etiam dictam Constit. Caroli V.

Sanè,

Sanè, ne ob difficultatem & seueritatem harum constitutionum semper liceat maritis illudere, & clancularia fraude vanam spem sibi impunitatis polliceri, constitutum est à Iustiniano, vt si quis suspicetur, aliquem vxoris suæ castitati insidiari, & tres denunciationes scripto comprehensas transmiserit, quæ fide dignorum virorum habeant testimonia, & post has denunciationes deprehendat ipsum cum vxore sua, vel in suis ædibus, vel ipsius vxoris, vel adulteri, vel in popinis, vel in suburbanis, habere commercium, vt sit licentia marito propriis manibus eum interficere. *Nouella 117. & authent. si quis. Cod. de adulter.* Hæc quidem omnia iure poli non licent, vt volunt Scholastici Doctores, nec sanè lex maritum armat, vt iubeat, sed potius ignoscit dolori; vide *cap. inter hæc, & cap. admonere 3. quæstion. 2.* Et discamus rectè distinguere, ne contaminemus bonas leges.

Nouissimè sunt & alii, quos licet impunè occidere, vt in bello hostes. *l. 3. §. vltim. D. de sicar.* Item bannitos, vt in Constitut. Imperii Anni 1555. in Comitiis Augustanis. Item in Iure Saxon. *lib. 1. artic. 38. vbi glossa.* Et hæc hoc tempore de homicidiis.

Postremò sciendum est, pertinere etiam hanc legem ad incendiarios, *vt in l. 1. D. eodem titu. de sicariis.* Et vide de pœna in lege 10. *ibidem, item D. titu. de incendio, ruina, &c. l. 9. & l. fin.*

Sanè hodiè eius, qui dolo fecit incendium, pœna est incendium; vide Constitut. Caroli V. *artic. 125.* & textum in Iure Saxon. *lib. 2. art. 13.*

℣. Vel eos, qui hominis, &c.]

Ecce eadem lex Cornelia punit eum quoque, qui occidendi animo percussit aut vulnerauit, quod etiam ex qualitate armorum potest tolli. *l. 1. §. diuus Adrianus D. eodem. de sicariis.* Et non modo hoc, sed & qui occidendi animo cum telo ambulauit, eadem lege tenetur, *vt hic & D. eodem. l. 1. cum similibus.* Sed memineris tamen, olim etiam & leuiorem fuisse pœnam legis Corneliæ, & solet omninò hodiè pœna aptari qualitati facinoris; vide glossam & Doctores *in l. non dicam rapere. Cod. de episcop. & cleric.* vide & *l. fugitiuus. D. de verbor. signif.* item Caroli V. *sæpedictam Constitut. art. 177.* & vide Reinhardum *in Differen. different. 118.* Quæ autem sit pœna ex vulnere, & quidem etiam secundum ius Saxon. alibi diximus.

℣. Eadem lege & Venefici, &c.]

Pertinet itidē ea lex Cornelia ad Veneficos, qui suis veneficiis & malis artibus hominib. nocent, eosq; occidunt. *D. eodem, de sicar. & veneficiis. l. 1. & 3. & in Cod. titul. de maleficis & Mathematicis, & similibus.* Sic habet lex prima: *Plus est veneno hominem occidere quàm gladio.* Malefici fortè dicuntur à maleficiis, quæ inferunt. Venefici à veneficio, quo inficiunt. Hic etiam dicitur de magia & susurris magicis, quæ est magia venefica. Nam aliam dicunt esse naturalem. Et fit Aruspicorum & Chaldæorum, qui in hisce artibus, si ita dicendæ sunt, excelluerunt, etiam mentio *in l. nemo Aruspicem 5. Cod. dict. titul.* Et est in eos pœna gladii, *vt hic, & in dict. l. 3.* Hodiè ferè cremantur igne, vt in sæpedicta Constitut. Caroli V. *artic. 109.* & in Iure Saxon. *lib. 2. artic. 13.*

Porrò non modo hi puniuntur ob id, quod per hoc nocent, siue lædunt homines, vt peccent tanquam homicidæ aut fures, puta damnum dantes bestiis nostris aut frugibus, *vt in l. 4. 6. C. d. tit.* sed etiam ob id puniuntur, quod eiusmodi artes exercētes per se superstitiosè, curiosè, & impiè faciunt, quod non potest non obesse etiam commodo Reipublicæ, vt licet colligere & videre non modo in Christianorum Impera-

Imperatorum legibus, Constantini & Constantii *in l. 3. & maximè 5. C. eod.* Sed & apud veteres illos ICtos, *vt in l. item apud. §. si quis astrologus. D. de iniuriis.* & maximè apud Paulum *in sententiis lib. 5. tit. de sicar. & veneficis. & præsertim tit. de vaticinatorib. &c.* Et veneficis his annumerant Aruspices, Ariolos, Augures Chaldæos, vates & vaticinatores quoscunque; etsi hoc casu, cum non lædunt, non tam atrociter puniendos iudicauit Carolus V. *in d. art. 109.* sed aliàs, pro modo delicti. Mirum sanè, vnde tanta religio hominibus Ethnicis? quæ propè non afficit nunc nonnullos etiam eorum, qui volunt videri boni Christiani. An non placuit curiositas plus sciendi, quàm satis est, quàm ferè sciri per humanam industriam possit & debeat, cum ista ferè non nisi quàm per commercium diaboli, qui tantùm pater mendacii est, sciantur? Annon ad eos peruenit aliquis rumor, quantoperè Deus detestetur hanc curiositatem coniunctam cum idololatria & falsa religione, crimine omnium reuera atrocissimo? vide *Deut. 18. Leuit. 30. cum simil.* Et sanè creditum semper est, quod & verum est, etiam superstitionē requirere credulitatē, quemadmodū fidem vera religio. Quomodo igitur hisce diaboli artibus & illusionibus credes, & simul etiam vero Deo, diuersis dominis? Et videmus, diabolum illis suis artibus in suis membris efficacem esse. Rectè igitur dictum est à Syracide: *Væ dissolutis corde, qui non credunt Deo; & ideo non protegentur ab eo.* O vtinam intelligerent homines magnitudinem iræ Dei. Sed hanc ipsam securitatem mentium accusat Psalmographus *Psalmo 89.* An denique non placuit istis, dico Ethnicis, miseram plebeculam falsa superstitione & vano timore imbui & concuti?

Porrò maleficis adiungunt Mathematicos. Intelligunt autem ibi per Mathematicam non artes bonas Mathematum, Geometriam, &c. non etiam Astrorum doctrinam & Astronomiam, sed Astrologiam diuinatoriam. *l. 2. C. eod. d. l. item apud. D. de iniuriis. c. illud 26. q. 2.* vbi Augustinus. Putant quidam imperitè *in d. tit. C.* damnari artes quasdam liberales; ego verò simpliciter intelligo de abusu & curiosa impiaque superstitione eiusdem prædictricis Astrologiæ. Sed de his scripsere multi viri docti, & sancti Patres. Vide præsertim Basilium Magnum *in lib. de operib. 6. diebus, homilia 6.*

℣. Qui artibus odiosis, &c.] Nota hic, quod scribitur *in l. culpa 8. C. d. tit. de maleficis.* Culpa similis est tam prohibita discere, quàm docere; & vide *d. c. illud. in fin.* Poteram hîc multa adiicere de perniciosa curiositate cognoscendi res interdictas & periergas, cum satis multa habeamus, quæ scire oportet. Nota sunt dicta. Et Plutarchus inquit: *Multa cognoscendi studium comitatur garrulitatis vitium.* Et, *Sapere est, non nimium sapere, sed ad sobrietatem,* ad Rom. 12. Eccles. 7. & exosa est Deo hæc curiositas. Quod si appetimus omninò scire etiam futura, ab vtilitate vitæ & morum legamus historias, & colligamus ex præteritis futura. Omninò commendo vobis hic Erasmum in Prouerb. *Qui benè coniiciet, eum vatem perhibeto.*

§. 7. Alia deinde lex, &c.

Crescit sanè homicidii atrocitas eiusque pœna ex circumstantiis, ex persona, vt disertè ICtus *in l. aut facta. D. de pœn.* Igitur postquam tanta cœpit esse diaboli sæuitia, immanitas & audacia, vt etiam miseros homines ad eam ἀστοργίαν incitaret, vt in proprios quoque consanguineos sæuirent, imò ipsos parentes, a quibus huius lucis & vitæ vsuram accepissent, vita priuarent; nouæ leges de hoc tanto facinore latæ sunt, nouæque pœnæ inuentæ. De qua re multa hic ex antiquitate essent repetenda, & de auctoribus & de pœna, & imprimis etiam de iis, ad quos hæc ipsa noua pœna pertinet. Sed vide de his præsertim Ciceronem *in Orat. pro Roscio, item Auct. ad Heren.* Valer. Max. *lib. 1. c. 1.* Plutar-

Plutarchum, Iuuenalem, Liuium; vide etiam gloſſ. in Iure Saxon. *lib 2. art. 14. item l. penult. D. ad l. Pomp. de parr. & tit. C. de his, qui parentes vel lib. occiderunt.* Quicquid ſit, hoc loco Iuſtinianus pœnam veterem refert, eamque legem Pompeio aſſeribit, quæ tamen pœna non eſt nunc ita vſitata. Verum, vt ſcribit Iodocus Damhouderius *cap. 17.* huiusmodi occiſores perſonarum coniunctarum, maxime parentum, quę dedecoroſè pertrahuntur ad locum ſupplicii, decollantur & rotæ figuntur. Matres, quæ occiderunt infantes ſuas, viuas ſepeliri debere ſcriptum eſt in Conſtitut. Carol. *art. 131.* De iis, qui partum abigunt; vide *m l. 8. D. ad l. Corn. de ſicar. l. 38. § qui abortionis. D. de pœn. cap quod vero, cum ſequent. 32. quæſt. 2.* Hodiè gladio puniuntur. Mulier, quæ ipſa abigit partum, ſubmergitur in profluentem, *d. Conſtit. Imperii artic. 133* Sed intereſt an viuat partus. Nam ſi nondum viuit, mitior erit pœna *d loco & d. cap. quod vero, cum ſequenti.* Sanè & eorum maior eſt atrocitas, qui interimũt proprium vel propriam coniugem vel gladio vel veneno, *l. 1. D. dict. tit. de parricidiis. & Conſtit. Carol. art 130.* Plura repete ex textu, & ex Pandectis & Codice.

§. 8. Item lex Cornelia.

Alia eſt lex publici Iudicii, quam dicitur tuliſſe idem ille Cornelius Sylla; & pertinet maximè ad ſtabiliendum præceptum: *Non dices falſum teſtimonium.* Cum enim ea lex ſanxit veritatem, fidem, conſtantiam dictorum, &c. prohibet contraria vitia. Et criminum præſertim executio commiſſa eſt Magiſtratui. Poſſunt igitur huc referri pœnæ in mendacio, periurio, falſo teſtimonio, dolo, calumnia, perfidia, proditione, &c. Sed tempus iſta omnia altius repetere, & de iſtis nos dicere non patitur. Et de nonnullis iam ante dixi. Indicabo breuiter de quibusdam, poſtea dicturus magis de hac noſtra lege. Imprimis periuris vſitata pœna eſt ex Conſtitution. Imperii: Daß man jhm die zween Finger / damit ſie geſchworen / abhawe / *ſæpè dicta Conſtitut. art. 107.* Die geſchworne Vrphede brechen / werden mit dem Schwerdt gericht / *d. Conſtit. art. 108.* Qui nomen Dei blaſphemant iurando, capite puniuntur *ex Nouell. 77.* hodiè arbitraria pœna eſt. Vnd man pflegt ſolchen die Zung auß dem Halß zu reiſſen / *d. Conſtit. art. 106.* Et de his multa in Actis comitiorum. Vide Comitia Auguſtana Anni 1520. Et hoc pertinet etiam ad præceptum: *Non aſſumes nomẽ Dei inuanum.* Vide *Leuitici c. 24.* Qui falſum teſtimonium dixiſſe conuincitur in cauſis capitalibus lege Moſaica afficiebatur pœna talionis. Vide *Deut. 19.* apud Romanos pœna fuit antiqua, vt è ſaxo Tarpeio deiiceretur. Agellius *lib. 20. c. 1.* Paul. ſcribit, in exilium eos agi, aut in Inſulam relegari, aut curia ſubmoueri conſueuiſſe. In Pandect. ſcribitur, à Iudicibus competenter eos puniendos, *l. 16. D. de teſtib.* Et hoc obtinet etiam in aliis cauſis, *l. 12. C. de teſtib.* Sane tenetur is etiam hoc publico iudicio ex lege Cornelia *l. 1. D. noſtro tit. ad l. Cornel. de falſis.* Nunc itaq; proprie ad hanc legem, ad quam ſanè varii referuntur caſus, variaque crimina, quorum omnino nonnulla occulte etiã in præcepta: *Non furaberis.* item: *Non occides,* committuntur: itaque alia & alia grauior aut leuior poteſt eſſe pœna. Et imprimis fuit hæc lex lata de teſtamentis, ſiue in cauſa teſtamentorum, ne quid in his committeretur falſi, & inde dicta eſt lex Cornelia teſtamentaria. Fuit & lex Cornelia nummaria de falſo, quod committitur in nummis & moneta. Poſtea vero hæ leges Senatus Conſult. & Principum Conſtitutionibus productæ ſunt ad alia etiam negotia, & ſic omninò falſum multis modis committitur, verbis, ſcriptis, re ipſa.

Principio autem etiam hoc notandum, non niſi dolo falſum committentes, ex quo alteri noceatur, crimini ſubiugari, *l. 20. C. de falſ. l. 22. D. eod.* Pœna autem eſt generaliter ſtatuta interdictionis aquę & ignis, cui ſuc-

cessit deportatio, & omnium bonorum publicatio; in seruos verò vltimum supplicium. Tempore Iulii Pauli atrocior fuit pœna. Ostendit enim etiam ex liberis hominibus humiliores aut crucifixos, aut in metallum damnatos. Hodiè manet ferè generaliter pœna illa exilii. Plerumque tamen aliter puniuntur, de quo mox dicam.

Et nunc itaque in summa & rursus per speciem de falsariis. Ad hanc igitur legem generaliter pertinebit, si quis decipiendi alterius causa nomē, vel quid aliud mutarit; si quis testamenta aut alia instrumenta, monetam, pondera, mensuras, falsauerit; si quis partum agnoscere noluerit, si alteri supposuerit. Et, vt breuiter dicam, si quod genus est falsitatis, quod pœnam publici iudicii meretur, & in quo alia pœna nulla est, huc pertinere voluerunt; sed ita tamen, vt non omne omninò delictum, quod habet speciem falsi, huc referri illicò debeat; pleraque enim ad crimen extraordinarium stellionatus referuntur; veluti falsum, quod in contractibus committitur, si quis merces supposuerit, & eiusmodi falsitas arbitrariè & extra ordinem punitur pro modo delicti. *l. 3. D. de crimine stellionatus.* Atque nunc in primis huc pertinet graue crimen eorum, præsertim Notariorum, qui testamenta vel alia instrumenta aut scriptura, aut sigillo, aut alio modo falsant. Hi nunc ferè puniuntur amputatione manus, vel aliter, prout res erit; nonnunquam combustione in facie, de quo Damhouderius.

Deinde præcipuè huc etiam pertinent, qui quolibet modo falsant monetam. *l. 8. & 9. D. eodem. l. 1. & 2. Cod. de falsa moneta. l. 1. Cod. de veteris numismatis potestate.* Et eiusmodi solent viui exuri, *l. vltim. Cod. de fals. moneta. Constitut. Imperii. artic. 111.* Vide in Iure Saxon. *lib. 2. artic. 26.*

Pertinent deinceps huc etiam, qui pondera & mensuras falsant. *l. penult. D. eod.* qui possunt etiam ciuiliter conueniri in damnū dupli. Criminaliter solet esse pœna relegationis. *dict. l. penultim. item l. 6. §. vltim. D. de extraordinar. crimin.* Iure Saxonum werden solche zur Staupen geschlagen. Vide *lib. 2. artic. 26.* Amplius huc pertinent, qui falsis Principum scriptis vtuntur; qui falsè & fraudulenter Iudicibus obrepunt. *l. 4. & penult. Cod. d. tit. l. 29. D. eod.* Eodem pertinent, qui dolo malo nomina siue cognomina mutant; qui genus vel parentes alios fingunt; qui alienis vtuntur insigniis. *l. 13 & 27. D eod* Item Paulus *in sententiis.* Denique (quod notetur) hoc quoque crimen committunt, qui dolo falsant leges, siue etiam falsis vtuntur legibus; item qui falsas interpretationes & Commentarios legibus annectunt. *l. 1. & 2. §. fin. C. de veter. iur. enucl. l. vlt. D. eod.* Et scribit ibi Modestinus, aqua & igni illis interdici.

§. 9. Item lege Iulia de vi, &c.

Sequitur lex de vi, von Gewalt vnd gewaltsamer That/ in quo est magna atrocitas criminis. Et sunt igitur de hac re multæ constitutiones Imperii, Vom Gewalt vnd Friedbrechung/ de quibus etiam multa in Iure Saxonico. Et pertinent huc variæ species, quæ alias etiam, vel alia consideratione ad crimen læsæ Maiestatis, ad crimen seditionis, ad locum de sicariis, item de adulteriis & stupris referri possunt. Et dixi de plerisq; iam antea. Porro huius legis auctorem dicunt esse Iulium Cæsarem; alii tamē adscribunt Augusto. Et omninò notatur duplex vis, publica & priuata. Illa fit & exercetur armis, vnde etiam vis armata dicitur, & est atrocior. Hæc sine armis, & dicitur vis inermis, quotidiana etiam. Et quid appellatione armorum contineatur iam ante audiuistis, vbi citabatur locus ex Xenophonte; vide *l. armorum. D. de verbor. significat. L. armatos 9. & l. penult. D de vi publ. l 3. §. armis. D. vnde vi.* & Cic. *pro Cæcinna.*

Porrò putant, vim istam armatam publicam dici, quod solius Reipubl. sit vti armis;

mis; vide *l. 1. D. de vi publ.* Duaren. *lib. disput.* Hottoman. hic & supra *de interdictis.* Et sanè Constit. Principum vsus armorum priuatis ademptus est, C. *vt armorum vsus insc io Principe interdictus sit lib. 11.*

Notandum verò, publicam vim sæpe quoque dici, quæ in Remp. exercetur, vt priuata sit in priuatos. Paulus Manutius *lib. de legib.* Porrò est huius distinctionis, inter vim publicam & priuatam, vsus magnus; & cùm de interdicto possessorio agitur, sine, cum agitur ciuiliter de vi facta, de quo supra *de interdictis,* & cum etiam de criminalis huius iudicii pœna quæstio est. Nam ex vi publica atque armata damnatus, sublata nunc interdictione aquæ & ignis, deportatur, vel etiam vltimo supplicio afficitur, vt hic & apud Iulium Paulum *in sententiis*, & plerumque nunc gladio puniuntur. De vi verò priuata damnatus tertia parte bonorum damnatur, vt hic addit Iulius Paulus, & relegatur, aut, si humilior est, in metallum damnatur. Qui autem casus, & quàm variè huc pertineat, videbis *in titul. Pandect.* Et nominatim huc etiam pertinent, qui vi ædes in ciuitatibus oppugnant & expugnant, & similia committunt, de quibus scribitur, quod capite puniantur. *L. pen. D. de vi publ.*

Iam hic addamus de Ambitu, de quo itidem post ex lege Iulia. Nam si quis turbam suffragiorum causa conduxisset, conuictus vt vis publicæ reus in Insulam deportabatur, vt tradit Iulius Paulus *lib. sententiarum 5. tit. 30. ad l. Iuliam ambitus.*

Porrò erat lex Iulia aduersus istos, qui Magistratum, officium, potestatemque publicam sordidè ambientes, non legitimo suffragio populi, sed illicitis modis, mendicatis fortè coemptisque per sordidas largitiones suffragiis, aut, vt dixi, concitata turba acquisiuissent. Nam qui ita honorem aut Magistratum consequuti sunt, facilè deinceps ea conscientia vtentur, qua sunt consequuti, vt haud dubio ex hoc fine in posterum metuendi varii peculatus, de quibus postea.

Fuit igitur in hos publica accusatio & grauis pœna, vt deinceps priuarentur omnis honoris petitione. Cœpit etiam pœna esse decem annorum exilium. In Pandectis refertur pœna aureorum centum, cum infamia; vide *D. ad. legem Iuliam. de ambitu.*

§. 10. Item lex Iulia peculatus, &c.

Sequuntur postremò aliquot adhuc publicorum iudiciorum leges, pertinentes ad præceptum edicti perpetui summi Legislatoris Dei nostri secundæ tabulæ quartum: *Non furaberis*, siue, *non furtum facies.* Et scimus imprimis legem Dei spiritualem esse, quæ pertineat etiam ad internam animi, mentis ac voluntatis puritatem *ad Roman. 7.* Et ostendit atque explicat hoc ipsum ipse filius Dei *Matth. 5.* Sed &, quo ad externa, siue externam honestatem & disciplinam, scimus Deum in his præceptis sub negatione continere affirmationem, & econtra; & imprimis in singulis præceptis certum finem, certamque rationem, in qua summa præcepti est, vt cognoscatur, qua de re agatur, DEVM habere sine sibi proponere, vt sic intellecto eo, quod Deus prohibuit, intelligamus rursus, quid omninò velit & mandet, & econtra intelligentes quid velit, intelligamus, quid & quam multa prohibeat.

Igitur cum inquit Deus: *Non furaberis*, prohibet omnem iniustitiam in contractibus, & sanxit contrariam iustitiam. Et in hac iniustitia prohibet omnes fraudes, deceptiones & alias quascunque rationes; quibus alterius commodo, alterius bonis nocemus & damnum damus. Mandat

contra vt vnicuique id, quod suum est, quod sibi debetur, ita vt nobis fieri velimus, præstemus, & in has virtutes iustitiæ incumbamus. Ex hoc vides & intelligis, quæ & quanta sub hoc præcepto, etiam ad externa quod attinet, cõtineantur, quibus bonis & miseris nocetur, etsi nos id aut nõ admodum curemus, aut non satis etiam discamus cognoscere, & intelligere ingratitudinem in beneficia. Vt ita sanè verè possum dicere, nullum ferè secundę illius tabulę præceptũ, nullum crimen latius hodiè vagari, latius patere, quàm illud furtum. Aspice enim perfidos debitores; aspice ingratos in benemeritos & benefacientes; aspice moratores illos in soluendo, iuxta dictum: *minus dat, qui tardius dat*; aspice vsurarios & alios infinitos, ne dicam de aliis etiam publicis furibus, vt loquitur Cato apud Agellium *lib. 11. cap. 18.* Et fons ac radix propè omnis mali est cupiditas habendi & auaritia, quod & Iustinianus Princeps in suis legib. fatetur; vt supra *tit. de rapina §. ita tamen & Nouell. 8.* Item Paulus Apostolus *ad Ephes. 5. 1. ad Timotheum 6.* Sed hæc indicasse sufficit, nunc ad crimina publica furti ex hoc præcepto. Imprimis occurrit furtum priuatum. Sanè ex hoc publicum omninò iudicium non fuit, criminale tamen hic fuit. Verum de hoc dixi ad initium libri 4. vbi de furto & rapina & horum delictorum pœna. Nunc proponuntur alię leges ad furtum, vt dixi, pertinentes, lex Iulia peculatus, lex Flauia de plagiariis, lex Iulia repetundarum, lex Iulia de annona. Item de residuis, quibus ferè puniuntur furta publica pecuniæ publicæ, rei sacræ, &c.

Porrò sunt istæ leges latæ à Iulio Cæsare. Et imprimis lege ista Iulia peculatus puniũtur, qui pecuniam, vel id, quod Reipublicæ est, furati erunt, siue ex personæ, quæ id fecerint, publicæ sint, siue non publicæ, & fuit olim huius legis mulcta pecuniaria in quadruplum, tum deportatio, & deinde vltimum supplicium; vide *D. de peculatu l. 3. §. penul. & l. vltim.* item Cuiacium *ad Iul. Paulum lib. 5. tit. 27.*

Porrò ad eandem legem pertinet quoq; furtum rei sacræ vel religiosæ, quod dicitur alias specificè sacrilegium; vide *D. d. tit l. 1. l. lege Iulia 4. l. sacrilegii 6. item l. sacrilegi 9.* Et de pœna *in d. l. sacrilegii 6.* Item apud Iulium Paulum *lib. 5. tit. 19.* Hodie sacrilegi ex Constit. Imperii viui cremari solent, sæpe dicta Constit. Carol. V. *artic. 171. cum sequen.* Iure Saxonum rota conficiuntur. *lib. 2. artic. 13.* Illud quæsitum est, quodnam sit verè sacrilegium? Et video domino Cuiacio placuisse esse rei sacræ in loco sacro furtum.

Nunc de Residuis. Et pertinet ea lex nempè Iulia de residuis ad eos, qui pecuniam publicam, quæ apud ipsos ex administratione resedit, retinuerunt, & in publicum nõ retulerunt & hi amplius tertia parte, quàm debent, puniuntur, vt ait Marcian. *in l. 4. D. de peculatu.* Sed verisimile tamen est hoc amplius pœnam aliquam fuisse capitalem, *vt supra in peculatu*, & id testatur Paulus Manutius *in lib. de legib.* Et sanè Iurisconsultus hæc tria crimina coniungit. *D. ad legem Iuliam peculatus.* Hæc de sacrilegiis & de residuis.

Iam de lege Iulia Repetundarum. Et hac lege, vt Cuiacius scribit, coercentur furta & rapinæ Magistratuum, vel eorum, qui munus aliquod publicum gerunt, pecuniis, quas de priuatis hominibus acceperunt, repetitis in quadruplum; nempè, si pecuniam acceperunt, vt officium facerent, vel non facerent, &c. Et de hoc vide latius *in D. & C. tit. ad leg. Iul. repetundarum.* Atqui non modo hoc nomine in quadruplum ea actio est, sed eo amplius nonnunquam extra ordinem ii puniuntur, vel exilio, vel relegatione, vel ordinis amotione; nonnunquam etiam capite; vide *D. eodem tit. repetundarum. l. lex Iulia. 7. §. vlt.* item Iul. Paul. *in sentent. lib. 5. tit. 28.*

Nunc videndum etiam est de Plagiariis, qui homines liberos furtim abducunt & suffu-

suffurātur. Tenentur etiā eā lege de Plagiariis,qui alteri' liberos,vel seruos,dolo malo inuitos celant, vinctos habent, supprimūt. Et fuit ob hoc pœna pecuniaria. Sed scribit Hermogenianus,ea pœna desuetudine sublata plerunq; in metallum eos damnari, vide *D.ad leg.Flauiam.de plagiariis.* Atqui Constantinus Princeps statuit,vt qui filium alterius surripuerit,gladio puniatur, si liber est; cæteri bestiis subiiciātur.C.*eod.* Et fuit quoque hoc facinus l.Mosaica capitale, cum alioquin furtum vltimo supplicio nō punierit. *Exodi 21.* Et quia hæc lex aduersus eos est,qui alienos partus suffurantur; poteramus hic etiam dicere de accusatione plagii quasi philosophici, quale genus accusationis apud Petruuium dicitur aliquando instituisse Ptolomæ[illegible] Philadelphus. Sed de hoc legite alios.

Hæc itaque hactenus de his variis generibus furtorum. Priuatorum alioquin furtorum fures, vt alibi diximus, in furca suspendi pro modo furti solent, raptores gladio puniti, nisi & latrocinia commiserint, quo casu rota quoque concutiuntur. Vide in Constit. Imperii in loco *de furt. artic.157. cum seq.& ante art.136.item 137.* & in iure Saxonum *lib.2.artic.13.* Qui pecudes furantur siue abigunt,de abigeatu tenentur.*D.& C. de abigeis* Et omnes hę species sunt externorum criminum furti, quæ pœnam habent ciuilem, nisi si ineuitabilis necessitas præbeat excusationem, vt accidit in furtis quæ vocant famelica. Et nostri pulchrè disputant,tali casu omnia effici cōmunia, saltim cōsensu debito,vide *c.si quis.de furtis.c.sicut. distinct.48.c.discipulos de consecratione & distinct.5 Item Deut.23. sed & saepd. Constitutione Imperij art.166.* Cæteris furibus saltem Deus minatur etiam hoc modo: *Va qui pradaris,quia pradaberis.* Esaiæ 23.

Sed est adhuc alia species clancularii cuiusdam furti, quod placuit publico iudicio coerceri, nempe de annona ex l. Iulia. Et huius rei occasione, dicendum etiam esset de legibus sumptuariis, quales plurimæ inueniuntur latæ temporibus veterum,vt fuit præsertim nobilis lex Orficia, & aliæ. Vide Macrobium *lib.3. Saturnalium c.17.* & nostris itidem & in imperio & in præclaris quibusdam Rebuspublicis, vide Const. Imperii comitiorum Augustanorum Anni 1530. Sed nunc tantum dicemus breuiter de lege hac Iulia de Annona. Annona dicitur id, quod ad vitam hanc tuendam pertinet,ab Anno. Ne igitur malitia & auaritia cuiusquam annona ingrauescat cauendum est; nimirū interponat Magistratus suam auctoritatem, in mercibus necessariis apportandis,diuendendis. Mercatores curarum suarum, laborum & variorum incommodorum & periculorum etiam, compensationem aliquā habere & lucrari par & æquum est. Et scribitur,non posse,nec debere singulas ciuitates pretia rerum,quæ inuehuntur, minus iusto statuere. *l.fi.§.1.D. ad l.Iul.de annona.l. non debere 8. D.ad municipalem. & de incolis.l.decuriones 5.D.de admi.rerum ad ciuitatem pertinentium.* sed & emere & vendere liberum esse debet. *l. nec emere 16. C. de iure deliberandi.l.inuitum 11.l.14. Cod.de contrah. empt. & vend.cum simil.* Attamen non oportet etiam sui tantum commodi causa grauiter lædere totum corpus societatis,neq; debebit commodum illud lucrandi cum maximo aliorum damno & iniuria modum omnem excedere, vt si quis annonam æquis preciis vendere nolit, dum minus vberes prouentus expectat; si quis in pecunia ciuitatis & patriæ suæ sui tantum lucri causa rem frumentariam aliamue annonam auehere,& alibi carius vendere præsumat; si sui solius commodi causa ad se monopolium pertrahere,monopolia exercere,tentet. Hic etiam legem oportet vigilare, & Magistratum, qui viua vox legis est. Et sanè vt non dicam nunc de conscientia, quam homines propè nihil curant,sunt ii ciues,si ita etiam dicendi sunt, in quibus nihil est ciuilitatis, perniciosissimi ciues Reipublicæ.In hos ita-

que & eiusmodi, qui qualibet iniqua ratione efficiũt, quo carior sit annona, lata est & valet lex ista Iulia de annona, & puniuntur extra ordinem pœna pecuniaria, interdictione negotiationis, relegatione, vel etiam grauori aliqua pœna, vide *D. & C. ad l. Iul. de annona. item L. 6. annonam. D. de extraord. criminib. & C. de Monopolis. item L. 1. de episcopali audientia. C.* & in iure Saxon. *lib. 3. artic. 66.*

Et huc vsque de his publicis Iudiciis & criminibus, de eorumque atrocibus pœnis. In quarum rerum meditatione boni & pii Studiosi iuris, siue Iurisconsulti estote, cogitate de iustitia Dei, de ira Dei aduersus peccatum, de fragilitate & imbecillitate generis humani, de insidiis & vi diaboli, & de dicto Ioh. 3. ver. 8. *Ad hoc apparuit filius Dei, vt dissoluat siue destruat opera diaboli.* Discite etiam benè & prudenter distinguere, inter hominem sine gratia Dei, vt loquuntur Theologi; & cum gratia, & quatenus hæ leges politicæ se extendant, extendique possint & debeant, &c.

Faciat nos Deus Omnipotens, pater Domini nostri Iesu Christi Organa misericordiæ & salutaria Reipublicæ pariterque Ecclesiæ, vt hac sacrosancta Legum doctrina ad nominis sui gloriam & proximi vtilitatem benè feliciterque vtamur. Quod faxit Deus.

Dei beneficio feci, quod potui; feci etiam fideliter, vt debui, & bona conscientia, quæ sit futura gratia, nescio.

Aspicit hæc vindex oculis DEVS omnia iustis.

FINIS.

SVMMA-

SVMMARIVS INDEX EARVM RErum potissimùm, quæ ad IIII. Institutionum Imperialium Libros adnotata sunt.

Adoptiui

de iure

D.

Exhere-

F.

I.

I N D E X.

Iiii Lenoci-

M.

negotia

N.

O.

P.

Paganus

INDEX.

Refiri-

Tutela

FINIS.





